Der Sachbegriff des § 90 BGB und seine Erweiterung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Karl Löhr

aus Marburg

Marburg-Lahn 1940

Universitäts-Buchdruckerei Joh. Aug. Koch (Dr. C. Hitzeroth)

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 25. Januar 1940

Berichterstatter: Professor Dr. Jung

Mitberichterstatter: Professor Dr. Boehmer

Tag der mündlichen Prüfung: 16. September 1939

Meinem lieben Vater
in Dankbarkeit gewidmet

Inhaltsverzeichnis

I. Der Sachbegriff des § 90 BGB

A. Der „Gegenstand".

Das BGB. bestimmt in § 90: Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände. Damit ist also der Begriff „Gegenstand" zum Oberbegriff des Sachbegriffs gemacht. Bei der Festlegung des Sachbegriffs bedarf es daher zunächst einer Begriffsbestimmung des „Gegenstandes".

Wie die verschiedenen Meinungen über den Gegenstandsbegriff zeigen, ist er nicht so eindeutig bestimmt, wie man es annehmen sollte. Die Begriffsklärung des Gegenstandes hat nicht nur theoretische Bedeutung; vielmehr ergeben sich wichtige praktische Folgerungen hieraus. Das Gesetz hat keine Bestimmung darüber getroffen, was unter „Gegenstand" zu verstehen sei. Nach der herrschenden Meinung [1]) versteht man hierunter alles, was Objekt eines irgendwie beschaffenen, nicht nur dinglichen Rechtes sein kann. Nach ihr ist Gegenstand gleich Rechtsobjekt. Es handelt sich nicht nur um einen streng technischen Gesetzesausdruck [2]). Auch das Reichsgericht faßt den Gegenstandsbegriff verhältnismäßig weit. In RG. 89,300 sagt es: „Als gemeinschaftliche Bezeichnung für Sachen und Rechte gebraucht das BGB. den Ausdruck „Gegenstand". In JW. 13,130 zählt es auch Forderungen zu den Gegenständen. RG. 70,20 erkennt als Pachtgegenstand den Betrieb eines Zeitungsinseratenteils an. Das RG. beruft sich hierbei auf die Protokolle zum BGB. (III, 232 ff) welche ebenfalls die Verpachtung eines gewerblichen Unternehmens erwähnen. Hinsichtlich eines Handelsgeschäfts erklärt RG. 63,57 ff, es sei weder Sache noch Recht; „indessen gebe es im modernen Verkehrsleben neben dem Handelsgewerbe und der an sie geknüpften Kundschaft eine Reihe sehr wertvoller Güter, die weder körperliche Sachen noch Rechte seien, die aber im legitimen Verkehr gegen Geld veräußert würden". Auch hierbei bezieht sich das Reichsgericht wieder auf die Protokolle (II, 2 S. 51/52), wo es heißt: „es sei theoretisch richtig, daß auch andere Werte als Sachen und Rechte Gegenstand eines Kaufs sein können". Dementsprechend bildet nach dem Reichsgericht (70,224) ein Zeitungsunternehmen nebst Kundschaft einen Kaufgegenstand. Desgleichen sind Gegenstände: Ein Zimmervermietungsgeschäft (67,86), eine ärztliche Praxis (75,121), (Warn. 09, Nr. 5), und ein Verlagsunternehmen (68,54). Ferner erblickt es in der Abtretung eines Gesellschaftsanteils eine Verfügung über einen Gegenstand im Sinne des § 135 BGB., da der Begriff des Gegen-

1) Oertmann, Komm. Vorbem. zu § 90, S. 253/54. Enneccerus, Lehrb. § 114, I. Bd., S. 356. Planck, Komm. Vorbem. zu § 90, S. 171. Staudinger, Komm. Vorbem. zu § 90, S. 335.

2) Enneccerus, a. a. O.

standes über den der Sache hinausgehe (92,398). So bildet der „Gegenstand" für das Reichsgericht keinen eng begrenzten Fachausdruck. Richtig bemerkt Staudinger-Riezler [3]) zu dieser Auffassung, sie habe zwar im Gesetz keinen direkten Ausdruck gefunden, sie könne sich aber auf die tatsächliche Verkehrsübung stützen.

Eine besondere Ansicht über den Gegenstandsbegriff, welche sowohl von der herrschenden Meinung des Schrifttums als auch von der Ansicht des Reichsgerichts abweicht, vertritt Sohm mit seiner Lehre vom „Verfügungsgegenstand". Er erkennt im Gegensatz zu den meisten anderen Ansichten in dem Gegenstand einen Grundbegriff des BGB. [4]). Er wendet sich gegen die Meinung, welche in dem Gegenstand den Oberbegriff für „Sachen" und „Rechte" erblickt, mit der Begründung, daß es Rechtsgegenstände gebe, die doch im Sinne des BGB. keine Gegenstände seien, wie die Handlung, welche Gegenstand eines Forderungsrechts sein könne, und wie die Person, die den Gegenstand eines Familienrechts bilden könne. Ferner zählten nicht alle Rechte zu den Gegenständen des BGB. (S. 6). Nach Sohm hängt der Begriff des Gegenstandes im BGB. untrennbar mit dem Begriff des Verfügungsgeschäftes zusammen. Verfügungsgeschäfte seien Rechtsgeschäfte über Gegenstände, und nur über Gegenstände könne verfügt werden. Die Verfügung trete im BGB. nicht auf, ohne den „Gegenstand" mit sich zu führen. Sohm bezieht sich hierbei auf die §§ 135, 161, 185, 816 und 2040 BGB. Verfügt werde nur über Gegenstände, und jedes Verfügungsgeschäft beziehe sich nur auf je e i n e n Gegenstand (S. 7). Daher sei Gegenstand nicht der Rechtsgegenstand als solcher, sondern nur der Verfügungsgegenstand. Dementsprechend sind für Sohm nur solche körperlichen Gegenstände Sachen im Sinne des § 90, über die verfügt werden kann. Nach Sohm ist die Ansicht unrichtig, welche den Gegenstandsbegriff weiter als er faßt, und nach der § 90 so gedeutet werden könne, als hieße es dort: „Sachen sind körperliche Dinge". (S. 16 ff.). So bildeten unzählig viele körperliche Dinge keine Sachen im Rechtssinne, weil sie entweder aus tatsächlichen Gründen oder durch die guten Sitten vom verfügungsgeschäftlichen Verkehr ausgeschlossen seien.

Die eng begrenzte Auffassung Sohms, welche in dem Ausdruck „Gegenstand" einen terminus technicus des BGB. sieht, legt in das Gesetz und in § 90 insbesondere einen Sinn hinein, für den das Gesetz selber keinen Anhalt bietet. Wenn Sohm die Verfügbarkeit zur Voraussetzung des „Gegenstands" und damit der „Sache" macht, so erscheint das nach unserer Meinung als eine Verdrehung von Folge und Voraussetzung. In Wahrheit verhält es sich umgekehrt, wie Sohm es lehrt: die Verfügbarkeit ist im allgemeinen eine Folge der Gegenstandsqualität. So hat denn die Theorie Sohms vielseitigen Widerspruch erfahren. Am eingehendsten wird sie von Binder [5]) kritisiert. Er führt aus: „Sohm bestreitet die Richtigkeit der

3) Vorbem. zu § 90, S. 336.
4) „Der Gegenstand", S. 5.
5) in ZHR, 1907, S. 10.

bisher herrschenden Auffassung, daß Gegenstand einen Rechtsgegenstand bedeute, indem er darauf hinweist, daß es Objekte von Rechten gäbe, die doch im Sinne des BGB. keine Gegenstände seien, und der anderen, daß Sachen und Rechte in dem Begriff „Gegenstand" zusammengefaßt werden, indem er bemerkt, daß bei weitem nicht alle Rechte zu den Gegenständen im Sinne des BGB. zählen. Beide Argumente können aber nicht durchschlagen; das erste nicht, weil wir von jeher gewohnt sind, nur gewisse Objekte subjektiver Rechte als Rechtsobjekte zu bezeichnen; das zweite nicht, weil Rechte als Rechtsobjekte oder Gegenstände nur dann bezeichnet werden können, wenn sie mögliche Objekte von Rechten sein können (sind)" . . . — Weiterhin entgegnet Binder [6]) richtig: „Sohm hätte sämtliche Vorschriften des BGB. heranziehen müssen, in denen das Wort „Gegenstand" vorkommt, und versuchen müssen, die Bedeutung dieses Wortes in jeder einzelnen Vorschrift festzustellen und so zu einem für das ganze Gebiet des BGB. geltenden Gegenstandsbegriff zu gelangen. Es ist mir allerdings fraglich, ob dieses Unternehmen von Erfolg gewesen wäre; ich glaube, Sohm würde soviel — und zwar nichtssagende — Definitionen erhalten haben, als im Gesetzbuch Vorschriften, die sich auf Gegenstände beziehen, vorhanden sind, und sich vergebens bemüht haben, sie zu einer Gesamtdefinition zu vereinigen . . . ."

„Was beweist der Gegenstand der Verfügung dafür, daß anderswo der Gegenstand nichts Rechtsgegenstand ist? Und was läßt sich überhaupt aus der Tatsache folgern, daß „die Verfügung nicht auftritt, ohne den Gegenstand mit sich zu führen"? Ja, wenn sich behaupten ließe, daß der Gegenstand nicht auftritt, ohne von der Verfügung begleitet zu sein! Aber das behauptet selbst Sohm nicht, und die von ihm richtig beobachtete Tatsache, fürchte ich, findet ihre triviale Erklärung darin, daß Verfügen ein Verbum ist, das ein Objekt, einen „Gegenstand" verlangt . . . ." Auch bedient sich Binder [7]) historischer Argumente, wenn er äußert: „Mit dem Ausdruck „Gegenstand" knüpft nämlich das BGB. im § 90 ganz bewußt an die gemeinrechtliche Theorie von den Rechtsobjekten an (S. 13), die als res bezeichnet und in res corporales und incorporales eingeteilt zu werden pflegten. Diese Unterscheidung akzeptierte der erste Entwurf, indem er die Sachen als „körperliche Gegenstände" definierte, also den Terminus der „unkörperlichen Sachen" ablehnte". „Der Entwurf läßt dingliche Rechte nur an Sachen (im körperlichen Sinne) zu. Seine Bestimmungen ergeben, daß unter Sache stets ein körperlicher Gegenstand verstanden wird, und daß da, wo eine Norm sowohl auf Sachen wie auf Rechte sich beziehen soll, der Ausdruck „Gegenstand" gewählt ist." (Vgl. Mot. III S. 33). Diese Erörterung knüpft, wie gesagt, einerseits an die gemeinrechtliche Unterscheidung von res corporales und incorporales an, von denen die ersteren als mit Körperlichkeit ausgestattete Sachen erscheinen, während die letzteren „bloß gedachte Dinge als Gegenstände von Rechtsverhältnissen" sein sollen, andererseits an die Terminologie des preuß. Allgem. Landrechts (I. 2. §§ 1—3),

6) a. a. O. S. 11.
7) in ZHR. 1907, S. 12/13.

nach der Sache überhaupt gleich Rechtsgegenstand ist, und sucht der dadurch gegebenen Möglichkeit einer doppelsinnigen Auslegung des Wortes „Sache" vorzubeugen. — Der Schluß Gegenstand = Rechtsgegenstand liegt deshalb wohl für das BGB. nahe genug." — Weiter führt Binder [8]) aus: „Man nannte die Sachen körperliche Gegenstände, weil man sie nicht körperliche Sachen nennen mochte, wie die ganze Erörterung der Motive (III, S. 32) über den Begriff der Sachen als „körperlicher D i n g e" beweist. „Der Entwurf läßt dingliche Rechte nur an Sachen in diesem Sinne zu." „Seine Bestimmungen ergeben, daß — da, wo eine Norm sowohl auf Sachen (also körperliche Dinge) als auch auf Rechte sich beziehen soll, der Ausdruck Gegenstand gewählt ist. Es ist also doch geschrieben: körperliche D i n g e, wenn auch nicht im Gesetz, so doch an der Stelle, wo wir den Gedanken des Verfassers des Gesetzes [9]) erläutert finden."

„Und wenn wir daher den Satz aufstellen: Sachen sind körperliche Gegenstände, so ist klar, daß aus der Bezeichnung „Gegenstand" auf das Wesen der Sache nicht geschlossen werden kann." Noch einmal nimmt Binder in einer weiteren Abhandlung [10]) Stellung zum Sohmschen Gegenstandsbegriff. Er führt dort aus: „Die Untersuchung der Bedeutung Gegenstand in den einzelnen Bestimmungen des BGB. ergibt, daß das Wort bald den Gegenstand eines Rechtes (z. B. § 1273, § 1068 BGB.), bald den Gegenstand eines Rechtsgeschäftes (z. B. Gegenstand des Vermächtnisses §§ 2157 ff.) bezeichnet, und gelegentlich auch in Verbindung mit der Verfügung auftritt; letzteres nämlich in den §§, wo von dem Gegenstand einer Verfügung — die Rede ist . . . Sohm lehrt —, daß Gegenstand auch im § 90 den Verfügungsgegenstand bedeute. — Das kann aus den erstgenannten Paragraphen nicht bewiesen werden. Es wäre höchstens, wenn sonst das Wort Gegenstand zur Bezeichnung eines und desselben Begriffes konstant verwendet wäre, — wie z. B. Besitz, Eigentum —, ein gewisser Wahrscheinlichkeitsschluß dahin möglich, daß das Wort auch in § 90 diesen Begriff bezeichnen solle; ein Schluß, der umso sicherer wäre, je mehr das fragliche Wort von vornherein den Charakter eines spezifischen Kunstausdrucks hätte, wie eben Besitz oder Eigentum, der dagegen umso unsicherer sein muß, je allgemeiner und farbloser der Charakter des fraglichen Wortes ist, und der vollends dann unmöglich ist, wenn es nachweislich in sehr verschiedenartigen Bedeutungen vorkommt, wie dies beim „Gegenstand" der Fall ist. Daraus, daß dieses Wort in § 185 BGB. und in einigen anderen Paragraphen scheinbar den Verfügungsgegenstand bedeutet, kann also niemals geschlossen werden, daß es auch in § 90 diese Bedeutung hat . . . — § 90 spricht eben von „Gegenständen" schlechthin und ohne jede ersichtliche Beziehung auf die „Verfügung". Und da ein Schluß von § 185 auf § 90 nun einmal nicht möglich ist, so wird nichts übrigbleiben, als die Bedeutung des „Gegenstandes" in § 90 aus diesem Paragraphen selbst und seinen Aus-

8) a. a. O. S. 30.
9) Binder a. a. O. S. 31.
10) Binder in Arch. Bürg. R. 1910, Bd. 34, S. 215, 216.

legungsmaterialien zu ermitteln. Diesen einzig möglichen Weg hat Sohm nicht eingeschlagen."

Gegen die Lehre Sohms wendet sich ferner Wilutzky[11]): „Sohm zieht daraus, daß er das Wort „Gegenstand" im BGB. nur im Zusammenhang mit der Verfügung findet, (z. B. 135, 161, 185, 816, 2040), die Folgerung, daß der Begriff des Gegenstandes im BGB. mit dem Begriff des Verfügungsgeschäfts innerlich notwendig zusammenhänge. Selbst wenn die Voraussetzung richtig wäre, wäre der Schluß gewagt und aus einem rein äußerlichen Umstand entnommen; aber das Wort „Gegenstand" findet sich auch, wo von Verfügung gar nicht gesprochen wird, wie in den §§ 256, 260, welche Beispiele sich sicherlich vermehren ließen."

Hedemann[12]) wendet sich, wie folgt, ebenfalls gegen Sohm: „Nun ist dieses im höchsten Grade farblose Wort Gegenstand in etwa 150 ganz verschiedenen Paragraphen verwendet. Hat sich der Gesetzgeber wirklich einen Terminus darunter gedacht? Sohm will das keineswegs behaupten. Er läßt ihn unbewußt handeln, unbewußt das Richtige treffen. Das kann schwerlich genügen, zumal Sohm in anderen Fällen, wo ein gewisser Sprachgebrauch mit seinen Gedankengängen nicht harmoniert, dieses als „ungenau" beiseite läßt (46, 63, 68); denn man sieht doch daran, daß der Gesetzgeber auch unbewußt daneben schlagen kann. Überdies dürfte jener Sprachgebrauch in Wirklichkeit gar nicht einmal nachweisbar sein." Wie Wilutzky weist auch Hedemann[12]) auf § 256 BGB. hin, ferner auf die § 281, 323, II und 529. Ein überzeugender Sprachgebrauch des Gesetzes kann demnach kaum nach Hedemann behauptet werden. Er schließt sich anerkennend der Kritik Binders an.

Klingmüller[13]) meint gegen Sohm, es seien noch über die Verfügungsgegenstände hinaus Rechtsgegenstände anzuerkennen, und die Herleitung des Gegenstandes aus dem Begriffe der Verfügung setzt den ersten Begriff zum zweiten in ein unverdientes Abhängigkeitsverhältnis, das für das gesamte Gebiet des bürgerlichen Rechts nicht gerechtfertigt ist. —

Auch Enneccerus[14]) und Oertmann[15]) lehnen Sohms Auffassung ab und halten ihm § 1439 BGB. entgegen. Desgleichen weist in diesem Sinne Staudinger[16]) auf die §§ 1439, 1522 und 1552 BGB. hin. Gegen die Folgerungen, welche Sohm z. B. aus § 185 BGB. zieht, wendet sich Planck[17]) mit ähnlichen Gründen wie Binder und meint abschließend hierzu: „Schwerlich dürfte ein Bedürfnis bestehen, für die hier in Frage stehenden verfügbaren Rechte einen besonderen technischen Ausdruck zu bilden; wenn man das aber für wünschenswert hält, so dürfte der Ausdruck „Gegen-

11) in Arch. Bürg. R. Bd. 28, S. 57 Anm. 7.
12) Ziv. Rundschau 1906/07, S. 326.
13) in Grünh. Ztschr. Bd. 34, S. 489.
14) Lehrb. § 114, 1931, S. 256.
15) Vorbem. zu § 90 S. 253/54.
16) Vorbem. zu § 90 S. 335.
17) Vorbem. zu § 90 S. 171.

stand", der nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch einen anderen, weiteren Sinn hat, nicht dazu geeignet sein." —

Die beträchtliche Anzahl guter Gründe, welche gegen die Lehre Sohms vorgebracht wurden, dürften hinreichend dargetan haben, daß dessen Lehre vom „Verfügungsgegenstand" unhaltbar ist.

Zutreffender erscheint uns die nicht so eng begrenzte Auffassung des Gegenstandsbegriffs, wie sie von den Gegnern Sohms und dem Reichsgericht vertreten wird, derzufolge dingliche, obligatorische und Immaterialgüterrechte, ein Handelsgeschäft mit oder ohne Kundschaft und ein sonstiges Unternehmen als Gegenstände anzusehen sind. Ob man die Objekte von Familienrechten ebenfalls hierzu zählen mag, ist für uns belanglos, da wir den Gegenstandsbegriff nur in Beziehung zum Sachbegriff zu untersuchen haben. Die etwaigen familienrechtlichen Gegenstände kommen aber hierbei nicht in Betracht. Wir kommen mit Binder zu dem Ergebnis, daß der Ausdruck „Gegenstand" zu farblos ist, um von ihm etwas Wesentliches auf den Sachbegriff schließen zu können.

B. Der „körperliche" Gegenstand.

Bei der Bedeutung des „Gegenstandes", wie wir sie soeben festgestellt haben, bietet uns der Wortlaut des § 90 BGB. nur das Wort „körperlich" als wesentlichen Anhaltspunkt, die Sache zu bestimmen. (Staudinger [1]), Oertmann [2]), Planck [3]), Enneccerus [4]), Endemann [5]), Regelsberger [6]), Kohler [7]), Lehmann [8])). Oertmann [9]) meint: „Es entspricht der Sachbegriff des BGB. dem der römischen res corporalis; im großen und ganzen, aber nicht vollkommen auch dem landrechtlichen Begriff der „Sache" im engeren Sinne. (ALR. II. 2, § 3)." Indem der Gesetzgeber in § 90 nur von körperlichen Gegenständen spricht, rückt er von dem weitergehenden Sachbegriff des ALR. ab, der sich mit dem heutigen Gegenstandsbegriff deckend, darunter körperliche und unkörperliche Sachen zusammenfaßt. Ist nun der Begriff der Körperlichkeit eindeutig klar, oder bietet auch er wie der „Gegenstand" wiederum die Möglichkeit, ihn von verschiedenen Standpunkten aus zu betrachten und ihm damit einen problematischen Inhalt zu geben? Das dem so ist, zeigen die vielen Meinungsverschiedenheiten, welche sich um die Bedeutung der „Körperlichkeit" gebildet haben. Welchen Inhalt wir ihm zu geben haben, ergibt sich am besten bei der Betrachtung jener Fälle, welche in Rechtsprechung und Wissenschaft ein so umfangreiches Schrifttum hervor-

1) § 90, 1) S. 417.
2) Vorbem. zu § 90, S. 249; 2 a.
3) Vorbem. zu § 90, S. 162, 2.
4) Lehrb. § 114, S. 356 II.
5) Lehrb. d. Bürg. R. § 50, S. 226.
6) Pandekten I § 961 II.
7) Lehrb. d. Bügr. R. I. Bd., S. 449 V.
8) Allg. Teil d. BGB., S. 320.
9) Vgl. Fußn. 2.

gerufen haben. Wir unternehmen deshalb den Versuch, bei Prüfung der genannten Fälle die Merkmale festzustellen, welche den Begriff der Körperlichkeit bilden.

1. Die Raumerfüllung.

Die Bedeutung der Körperlichkeit ist besonders bei der Frage nach der rechtlichen Charakterisierung der Elektrizität in Erscheinung getreten. Wie man dieses Problem auch entscheiden mag, so kann immerhin festgestellt werden, daß der Streit hierüber zur Klärung des Wesens der Körperlichkeit beigetragen hat.

Hier ergibt sich als erste Frage, ob für die Beurteilung der Körperlichkeit die Naturwissenschaft oder die Verkehrsanschauung maßgebend ist. Gewährt man letzterer den Vorrang, so hat dies den Vorzug, daß man gegebenenfalls eintretenden Änderungen naturwissenschaftlicher Anschauungen nicht Rechnung zu tragen braucht. Außerdem ist es wünschenswert, daß sich rechtliche Begriffe tunlichst mit der Verkehrsanschauung decken, da auf diese Weise die Volksnähe des Rechts gewahrt wird. Diese Gedanken bestimmen uns bei der Feststellung, ob die Elektrizität als etwas Körperliches anzusehen ist, und wir nehmen unseren Maßstab daher von der Verkehrsanschauung [10]). Fragen wir also: Kennt die Verkehrsanschauung z. B. einen Unterschied zwischen einem Tier, Tisch und der Elektrizität, und worin erblickt sie einen solchen? Man wird unschwer sagen können, daß das Tier usw. etwas Stoffliches, etwas Raumausfüllendes ist, was bei der Elektrizität nicht der Fall ist. Als Beweis dafür, daß auch der Gesetzgeber dieser Anschauung Rechnung getragen habe, kann man das Gesetz betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit von 1900 anführen, dessen Titel von „Arbeit", nicht etwa von „Sache" spricht. Hätte dieses Gesetz den Ausdruck Sache gebraucht, so hätte man die Elektrizität als Körper ansehen können, da nach dem damals wie heute geltenden Recht Sachen nur körperliche Gegenstände sind. Auch wäre ein besonderes Gesetz dieser Art überflüssig gewesen, wenn das Recht in der Elektrizität etwas Körperliches erblickt hätte. Nun gibt es eine Reihe von Schriftstellern [11]), die diese gesetzliche Sonderregelung bedauern, weil sie die Elektrizität als Sache behandelt wissen wollen. Aber auch sie können und wollen nicht bestreiten, daß die Elektrizität nichts Körperliches ist, vielmehr fordern sie nur eine Erstreckung des Sachbegriffes auf sie. So zählt Pfleghart [12]), ein Verfechter dieser Ansicht, die Elektrizität zu den Energien, worunter er unkörperliche Verkehrsgüter versteht, welche nur mittelbar durch ihre Kraftwirkung dem Menschen erkennbar werden.

---

10) Enneccerus, § 114, S. 357, 2. Lehmann, Allg. Teil d. BGB., S. 320. Plenske, Elektrizitätsrecht, § 18, S. 42. Endemann, Lehrb. d. Bürg. Rechts, § 50, S. 227.

11) Pfleghart, Arch. Bürg. R., Bd. 24, S. 310, V. Ostwald, in DJZ. 1897, S. 116. Kohlrausch, in ZStrW., Bd. 20, § 1, S. 468. Sokolowski, Philos. I. S. 401. Dernburg, in DJZ. 96, S. 473. Warneyer, Komm. zum BGB., § 90, II, S. 120.

12) Arch. Bürg. R., Bd. 24, S. 305.

Auch das Reichsgericht (56, 403; 86, 12) verneint die Körperlichkeit der Elektrizität. Es bezeichnet sie zwar als Sache, jedoch als solche im Sinne des preußischen ALR., welches auch unkörperliche Gegenstände in den Sachbegriff einbezieht. In einer anderen Entscheidung (32, 180) lehnt es einen Elektrizitätsdiebstahl ab, weil keine „körperliche Sache" entwendet sei. Man muß dem RG. zustimmen, wenn es in dieser Entscheidung ausführt: „Nach der herrschenden natürlichen Auffassung, welche den Ergebnissen und dem Sprachgebrauch der Naturwissenschaft entspricht, kommt die Eigenschaft einer körperlichen Sache nur dem Stoffe der raumfüllenden Materie zu. Eine bloße Zustandsform, eine bloße Bewegung oder Wirkung der körperlichen Substanz wird weder von der exakten Wissenschaft, noch auch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch als körperliche Sache angesehen, vielmehr werden derartige Erscheinungen in Gegensatz zu den stofflichen Dingen der Außenwelt gestellt. Wenn freilich im gewerblichen oder Verkehrsleben auch Kräfte, Kraftwirkungen als Verkehrsgüter in Betracht kommen, und wenn man hier von Maschinenkräften, Wasserkräften und dergleichen als von Gegenständen des Besitzes spricht, so bleibt man sich doch, auch außerhalb des juristischen Gebietes, dessen bewußt, daß es sich hierbei nicht um körperliche Sachen im natürlichen Sinne handelt."

Inhaltlich dasselbe besagt RG. 67,232. Im Gegensatz hierzu faßt das OLG. München [13]) den elektrischen Strom als eine selbständige körperliche bewegliche Sache auf. Wenn aber die Physik Maßeinheiten elektrischer Energie und Spannung kennt, so spricht das dafür, daß auch die Naturwissenschaft die Elektrizität nicht als Körper betrachtet. Daß sie von elektrischen Mengeeinheiten redet, steht dem nicht entgegen, weil es sich hierbei um einen Ausdruck im übertragenen Sinne handelt. Was für die Elektrizität in diesem Zusammenhang gesagt wurde, gilt für alle anderen Energien, z. B. für Licht, Wärme und Schall. Sie unterscheiden sich von den Körpern dadurch, daß sie keinen Raum ausfüllen. Damit dürfte ein erstes Merkmal für die Körperlichkeit gefunden sein. Das ist auch die Ansicht der herrschenden Meinung, welche sich hierin mit der Anschauung des täglichen Lebens im Einklang befindet.

Eine andere Frage ist die, ob die Regeln für Sachen entsprechend auf die Elektrizität angewendet werden können. Zahlreiche Schriftsteller [14]) haben dies gefordert. Daß die Elektrizität ein wichtiges Verkehrsgut bildet und Gegenstand von Rechtsgeschäften sein kann, wird auch von denen teilweise zugegeben, die die Körperlichkeit der Elektrizität verneinen [15]). Wenn wir feststellen können, daß auch die Elektrizität diejenigen Eigenschaften besitzt, welche körperliche Gegenstände zum Verkehrs- und Rechtsobjekt geeignet machen, so dürfte dieser Forderung nichts im Wege stehen. Pfleghart [16]) liest bereits aus gewissen Ausdrücken des Elektrizitätsentziehungsgesetzes

13) in Blätt. für Rechtsanwend., Bd. 60, S. 263.
14) siehe S. 7, Fußnote 11.
15) so das RG. in den genannten Entscheidungen.
16) Arch. Bürg. R., S. 310, V.

eine gesetzliche Anerkennung der Elektrizität als Sache heraus. Er meint, wenn darin von fremd, entziehen und sich zueignen gesprochen wird, so setze das Gewahrsam und Eigentum an der Elektrizität voraus. Dieser Schluß geht nach unserer Auffassung zu weit, denn das Gesetz mag hier Worte im übertragenen Sinne verwendet haben; ferner kann der Gebrauch des Ausdrucks „elektrische Arbeit" gegen Pfleghart's Deutung angeführt werden. Jedoch muß zugegeben werden, daß die Gesetzesworte, auf die sich Pfleghart stützt, einen Hinweis darauf bedeuten können, daß bei der Elektrizität gewisse Sacheigenschaften vorhanden sind, welche eine analoge Anwendung der Sachvorschriften auf die Elektrizität nahelegen. Richtig ist, daß eine Art Gewahrsam an der Elektrizität ausgeübt werden kann. Man kann sie aufspeichern, sie ist ferner lenkbar und meßbar; daß man sie auch nutzen kann, ist offenkundig. So besitzt sie gleich einer beweglichen Sache alle Eigenschaften, welche eine Sache verkehrsfähig machen. Daß sie an eine Leitung gebunden ist, beeinträchtigt ihren Verkehrswert nicht; wir erkennen ja auch Gase und Flüssigkeiten, die ebenfalls nur durch die sie einschließenden Behältnisse verkehrsfähig werden, als Sachen an. Daß sich die Elektrizität bei ihrer Benutzung in andere Energien (Licht, Wärme, usw.) verwandelt oder scheinbar völlig untergeht, beeinträchtigt ebenfalls nicht ihren Verkehrswert, da dies bei den meisten verbrauchbaren Sachen mehr oder weniger schnell der Fall ist [17]). Es dürfte daher nicht unbegründet erscheinen, von einem Eigentum und einem Besitz an der Elektrizität zu sprechen. Eine derartige Erweiterung des Sachbegriffs wird wohl auch kaum der Verkehrsauffassung widersprechen [18]). Hier tritt bereits die Enge des bürgerlich-rechtlichen Sachbegriffs in Erscheinung. Bei einem weiteren Sachbegriff, wie ihn das preußische ALR. [19]) und das österr. ABGB. [20]) kennen, hätte sich die deutsche Rechtswissenschaft die viele Mühe ersparen können, die sie auf die rechtliche Einordnung der Elektrizität verwenden mußte.

2. Die sinnliche Wahrnehmbarkeit.

Indem wir das Erfordernis der Raumerfüllung als zur Sache i. S. des § 90 BGB. notwendig erkannt haben, ist der Begriff der Körperlichkeit noch nicht völlig geklärt. Als weiteres Problem taucht die Frage auf, ob unter körperlichen Gegenständen nur solche raumerfüllenden Gegenstände zu verstehen sind, welche mit den menschlichen Wahrnehmungswerkzeugen (den Sinnen) erkannt werden können. Die Römer hatten die res corporales so bestimmt, daß für sie nur solches res in Betracht kamen, quae tangi possunt. Das sind solche Gegenstände, welche mit dem Tastsinn wahrgenommen werden können. Mit dieser Festlegung waren die Römer zu einem Sachbegriff gelangt, der ihren natürlichen Anschauungen entsprach

17) So auch Pfleghart, Arch. Bürg. R., Bd. 24, S. 305 ff.
18) Warn. Komm. § 90, S. 120, II.
19) I. 2. § 981.
20) § 285.

und ihren wirtschaftlichen Bedürfnissen genügte. Daß diese Auffassung heute als zu eng erscheint, wird von niemand bestritten (Oertmann)[21]. Unsere natürliche Auffassung läßt uns auch diejenigen Gegenstände als körperlich erscheinen, welche einen Raum ausfüllen und von irgend einem unserer Sinne wahrgenommen werden können. So wird allgemein angenommen, daß nicht nur feste, sondern auch flüssige und gasförmige Körper als körperliche Gegenstände i. S. von § 90 BGB. anzusehen sind. Auf den Aggregatzustand dieser Körper kommt es nicht an. (Staudinger[22], Oertmann[23], Enneccerus[24]). Dementsprechend hat das RGStr. (44,335) in der Entziehung heißen Wasserdampfes aus einer fremden Heizungsanlage einen Diebstahl i. S. von § 242 StGB. erblickt.

Nun wird sogar die Auffassung vertreten, es sei, um körperlicher Gegenstand im hier gemeinten Sinne zu sein, nicht einmal sinnliche Wahrnehmbarkeit erforderlich. In diesem Sinne äußert sich vor allem Warneyer[25]. Wir finden bei ihm die Sachdefinition: „Als körperliche Sachen i. S. des Privatrechts sind die im Raum befindlichen Dinge anzusehen, die der ausschließlichen Herrschaft einzelner unterworfen werden können, gleichviel, ob sie sinnlich wahrnehmbar sind oder nicht."

Schon Oertmann[26] erscheint diese Auffassung widerspruchsvoll. Er meint, es sei nicht einzusehen, wie man von Körpern sprechen könne, die nicht sinnlich wahrnehmbar seien, was auch uns befremdlich erscheint. Von ihnen wissen und sprechen kann man doch nur dann, wenn man durch irgend einen der Sinne Kenntnis von ihrem Vorhandensein hat. Weiter erklärt Warneyer[27], daß auch Flüssigkeiten, sowie Dampf und andere luftförmige Körper unter den Sachbegriff fallen. Das klingt fast so, als wolle er damit bei den genannten Körpern die sinnliche Wahrnehmbarkeit verneinen, was doch wohl niemand ernstlich behaupten wird. Die Anfangsworte seiner oben genannten Definition: „Als körperliche Sachen usw." sind recht unglücklich gewählt. Wie kann man angesichts des § 90 BGB. von „körperlichen Sachen" sprechen, wo doch unter Sachen in dieser Bestimmung körperliche Gegenstände zu verstehen sind. Ferner zählt er einige Schriftsteller auf, nach welchen sinnliche Wahrnehmbarkeit nicht erforderlich sein soll, so Dernburg, Gierke, Biermann, Planck und Rehbein. Was die Ansicht Biermans[28], Gierkes[29] und Rehbeins[30] betrifft, so sprechen diese zwar nicht von dem streitigen Erfordernis, doch kann man daraus nach unserer Ansicht nicht auf eine gleiche Ansicht wie Warneyer schließen, ja, man könnte sogar aus ihrem

21) Vorbem. zu § 90, 2a, S. 249.
22) Allg. Teil § 90, S. 417, 1).
23) Vgl. Fußnote 21.
24) I. Bd., S. 358.
25) Komm. § 90, II, S. 119.
26) Vorbem. zu § 90, S. 249, 2 a.
27) § 90, II, S. 119, Komm.
28) Bürg. Recht I. Bd., S. 373, 3.
29) D. P. R. I, S. 270, I a.
30) Das Bürgerl. Gesetzbuch, I. Bd., S. 77.

Schweigen mit gleichem Recht wie Warneyer den Schluß ziehen, daß ihnen die sinnliche Wahrnehmbarkeit ein selbstverständliches Erfordernis der Körperlichkeit sei. Doch sehen wir von einem solchen Schluß ab. Auch erscheint uns Plancks [31]) Ansicht nicht mit der von Warneyer übereinzustimmen, wenn ersterer äußert: „Für den Begriff der Körperlichkeit ist nicht die sinnliche Wahrnehmbarkeit, sondern die Ausfüllung eines Raumes und die räumliche Abgegrenztheit entscheidend."

Auch wir sind mit Planck der Ansicht, daß die sinnliche Wahrnehmbarkeit nicht allein darüber entscheidet, ob ein Gegenstand körperlich ist. Es müssen noch andere Erfordernisse, z. B. das der Raumerfüllung, hinzukommen. Wäre die sinnliche Wahrnehmbarkeit entscheidend, so wären die Energien, die ja auch sinnlicher Wahrnehmbarkeit fähig sind, als körperliche Gegenstände anzusehen. Wenn Planck sagt, die sinnliche Wahrnehmbarkeit sei nicht entscheidend, so ist damit nicht zugleich behauptet, sie sei nicht notwendig für den Körperlichkeitsbegriff. Auch meinen wir, wenn das Gesetz Körperlichkeit und damit, wie wir gesehen haben, Raumerfüllung fordert, so erscheint es wenig verständlich, wenn es auf die Erkennbarkeit durch die Sinne verzichten würde. Wozu wäre dann noch die Körperlichkeit notwendig, wenn auf sinnliche Wahrnehmbarkeit verzichtet wird? Demnach erscheint uns die Verneinung der sinnlichen Erkennbarkeit durch Warneyer unverständlich. Auch die uns ständig umgebende Luft wird von uns sinnlich wahrgenommen. Infolge unserer immerwährenden Berührung mit ihr tritt uns diese Tatsache nicht so deutlich in das Bewußtsein wie bei anderen gasförmigen Stoffen, denen wir seltener ausgesetzt sind. Jedenfalls würde der Nachweis der Wahrnehmbarkeit der Luft nicht allzu schwer fallen. Soweit das Erfordernis der Raumerfüllung und der sinnlichen Wahrnehmbarkeit für die Zuerkennung der Sacheigenschaft erforderlich sind, wird die Luft diesen Bedingungen gerecht und ist so weit also auch Sache. Im Gegensatz zu den Energien bedürfen die körperlichen Gegenstände einer unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmbarkeit. Die Energien erkennen wir an ihren Wirkungen auf Körper; die letzteren unterliegen unmittelbarer sinnlicher Wahrnehmbarkeit (Kloeß) [32]). Hier zeigt sich neben der Raumerfüllung ein zweites Sacherfordernis, welches den Energien fehlt, die unmittelbare Erkennbarkeit. So erkennen wir in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Erfordernis der Raumerfüllung, das der unmittelbaren Feststellbarkeit durch unsere Sinneswerkzeuge.

3. Die räumliche Begrenztheit.

Im vorigen Abschnitt hatten wir den gasförmigen und flüssigen Dingen zwei notwendige Sacherfordernisse zuerkannt, die der Raumerfüllung und sinnlichen Wahrnehmbarkeit. Gerade an diesen Gegenständen wird uns ein weiteres, drittes Erfordernis der Sache deutlich. Infolge ihres geringen na-

31) Komm., Vorbem. zu § 90, S. 172.
32) in Arch. Ziv. Prax., Bd. 103, 1908, S. 59/60.

türlichen Zusammenhaltes mangelt ihnen eine für den Rechtsverkehr notwendige Bestimmtheit. Wir können mit Oertmann[33]) sagen, daß mit dem Begriff der Körperlichkeit der der räumlichen Abgegrenztheit gegeben ist. Da den genannten Dingen von Natur aus meist eine derartige Abgesondertheit fehlt, so ersetzen wir bei den genannten Dingen diese natürliche Eigenschaft künstlich, indem wir ihnen in Behältnissen die erforderliche Abgesondertheit geben, und sie auf diese Weise zu Sachen i. S. von § 90 BGB. werden lassen (Planck[34]), Staudinger)[35]). Aus diesem Gesichtspunkt versagen wir auch den sogenannten res omnium communes, worunter nach Kloeß[36]) jene körperlichen Stoffe zu verstehen sind, welche der natürlichen Bestimmung gemäß dem allgemeinen Gebrauch aller Menschen zur Befriedigung der Lebensbedürfnisse dienen, die Sacheigenschaft. Zu diesen zählt man gewöhnlich das offene Meer, die freifließende Wasserwelle und die freie Luft. Wie Oertmann[37]) meint, sind sie schon nach dem richtig verstandenen römischen Recht keine Sachen. Infolge der bei ihnen fehlenden Bestimmbarkeit und Abgegrenztheit kann bei ihnen nicht von Körpern gesprochen werden, weshalb sie heute nicht mehr als Sachen anzusehen sind (Enneccerus[38]), Planck[39])). Enneccerus und Weck[40]) weisen mit Recht auf die erforderliche Unterscheidung zwischen der freien Luft und dem Luftraum hin, welcher von ihr ausgefüllt wird.

Sind die Luft und das fließende Wasser in freiem Zustande keine Sachen i. S. des heutigen Privatrechtes, so können sie jedoch, wie alle übrigen flüssigen und gasförmigen Stoffe, mit Überführung in ein räumlich begrenztes Dasein zu solchen werden. Da sie wie letztere raumerfüllende, sinnlich wahrnehmbare Materie sind[41]), liegt kein Grund vor, ihnen eine andere Behandlung zuteil werden zu lassen. So werden Teile der freien Luft beispielsweise durch Auffangen in Leitungen, Motoren oder Gasometern (Lawall[42]), Weck[43])) zu körperlichen Gegenständen, welche als Wirtschaftsgüter in Betracht kommen und Gegenstand dinglicher Rechte sein können. Ähnlich verhält es sich mit in Behältnissen aufbewahrten Wassermengen.

Das Reichsgericht (53,98) hat sich auf den meist vertretenen Standpunkt gestellt, daß es der freifließenden Welle an der erforderlichen Abgegrenztheit fehle. Es sagt: „Das den Boden und die Seitenwände des Flußbettes bedeckende Wasser befindet sich in stetig fließender Bewegung, jedes

33) Vorbem. zu § 90, S. 249.
34) Vorbem. zu § 90, S. 173 b.
35) § 90, S. 417, 1.
36) „Die allgemeinen Sachen Luft und Wasser", S. 9.
37) Komm., Vorbem. zu § 90, S. 249.
38) Lhrb. Bd. I, § 123, S. 392.
39) Komm., Vorbem. zu § 90, S. 173 b.
40) „Deutsches Luftrecht", S. 4.
41) „Deutsches Luftrecht", S. 4.
42) „Beitrag zum Begriff des körperl. Gegenst., S. 58.
43) „Deutsches Luftrecht", S. 10 (Fahrradschlauch).

Wasserteilchen wechselt unausgesetzt seinen Ort, und wegen dieser ihrer beständigen „Flucht und Veränderung" (Regelsberger, Pandekten Bd. I, S. 407) ist die fließende Welle aus natürlichen Gründen (Regelsberger, S. 433) für das Privateigentum nicht „faßbar" (Windscheid, Pand. Bd. I, § 146)". Es fährt fort: „Das ist nicht nur römisch-rechtliche Anschauung, sondern gilt, abgesehen von vereinzeltem Dissens auch heute noch und hat dementsprechend in § 9 des amtlichen Entwurfs eines preuß. Wassergesetzes von 1894 durch die Bestimmung Ausdruck gefunden, daß das Eigentum an den Wasserläufen sich nicht auf die fließende Welle erstrecke."

Wir haben bereits oben hinsichtlich der fließenden Welle eine gleiche Ansicht geäußert, müssen jedoch mit Kloeß [44]) bemerken, daß die fließende Wellenbewegung des freien Wassers heute nicht mehr allein von der ausschlaggebenden Bedeutung wie im römischen Recht ist (ebensowenig wie das Wehen der Luft); denn wir finden zufolge der entwickelten Technik und Wasserbaukunst freie Gewässer, deren Wassermengen sich keineswegs in dauernder, fließender Bewegung befinden (z. B. in Kanälen, die mehrere Flußsysteme verbinden, zumal, wenn sie mit Schleusen versehen sind — in Sammelbecken (Talsperren) zur Regelung des Wasserstandes eines Wasserlaufs — im gefrorenen Zustande). Kloeß [44]) weist dann noch darauf hin, daß die Wasserwelle überhaupt keine Sache darstellt, wie es behauptet wird (z. B. Regelsberger, Pand., 1893 I, § 108, 2, S. 407), sondern eine Bewegung des Wassers. Diese Richtigstellung scheint mir zutreffend zu sein; denn eine Welle entsteht erst bei Wasserbewegung; bei stehendem Gewässer spricht man nicht von Welle. In der soeben genannten Entscheidung [45]) hatte das RG. weiterhin ausgeführt: „Allein die Eigentumslosigkeit der fließenden Welle hindert begrifflich nicht, daß an der „Gesamtheit des Gewässers", wie Windscheid (a. a. O.) es bezeichnet, oder an dem „Wasserlauf", wie der erwähnte Wassergesetzentwurf es ausdrückt, oder an dem durch das fließende Wasser erfüllten Raum, wie Dernburg (Preuß. Privatrecht, Bd. I, § 251) die Sache auffaßt, Eigentum denkbar und möglich wäre. Jener Wassergesetzentwurf hat daher keinen Anstand genommen, an den schiffbaren, natürlichen Wasserläufen dem Staate, an den nicht schiffbaren den Anliegern das Eigentum zu gewähren, ...".

Bei Prüfung der Eigentumsfrage an dem das preußische Staatsgebiet durchfließenden Teil der Unterweser hat das RG. (94,35) ebenfalls ein Eigentum am Wasserlauf als möglich anerkannt und das fließende Wasser von dem Wasserlauf unterschieden.

Wir hatten bereits auf S. 12 die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen der freien Luft und dem von ihr ausgefüllten Luftraum betont. Von diesem ist im § 905 BGB. die Rede. Der Satz: „Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche —" hat Veranlassung zu verschiedenartigen Auffassungen von der rechtlichen Einordnung dieses Raumes gegeben. In der gemeinrecht-

44) Kloeß, „Die allgemeinen Sachen", S. 10.
45) RG. 53/98.

lichen Wissenschaft wurde herrschend die Ansicht vertreten (Windscheid [46]), Dernburg [47])), daß der Grundstückseigentümer auch das Eigentum an der über seinem Grundstücke befindlichen Luftsäule habe. Doch trat bereits Gesterding [48]) dieser Auffassung entgegen, indem er darauf hinwies, daß die Luft als res omnium communis und der in dieser Beziehung jedem anderen Raum gleichkommende Luftraum nicht eigentumsfähig sei. Ihering [49]) erklärte es für belanglos, wie man das Recht am Luftraum bezeichne. Jedenfalls genüge es, wenn man dem Grundeigentümer die Eigentumsrechte derart zubillige, daß er den betreffenden Raum so weit nutzen und fremde Eingriffe insoweit abwehren dürfe, als es sein Interesse erforderlich mache. Trotz der Kritik Gesterdings und der Erörterung Iherings und anderer, die hierin ähnliche Ansichten wie diese vertraten, ist die gemeinrechtliche Auffassung nicht ganz beseitigt worden. Vertreter dieser Ansicht sind: Cosak [50]), Planck [51]), Turnau-Foerster [52]), Gierke [53]), Kohler [54]), Zitelmann [55]), Monich [56]), Meurer [57]), Brennwald [58]). So schreibt Planck [59]): „Dagegen stellt sich die Erstreckung auf den Luftraum als eine wirkliche Erweiterung des Eigentums dar, weil dieser Raum nicht Bestandteil des Grundstücks ist." Auch Gierke [60]) meint, daß die römisch-rechtliche Ansicht sich durchgesetzt habe, wonach das Grundeigentum den zugehörigen Luftteil umfasse. Gegen diese Meinung wendet sich mit Recht Fachinger [61]), indem er den genannten Schriftstellern den Vorwurf macht, daß sie die §§ 903 und 90 BGB. bei ihren Erörterungen außer Acht gelassen hätten. Diese aber stünden der Annahme des Eigentums am Luftraum entgegen. Fachinger führt ferner aus [61]): „§ 903, der den wesentlichen Inhalt des Eigentums umschreibt, spricht nur von dem „Eigentümer einer Sache", und nach § 90 sind „Sachen" i. S. des Gesetzes nur „körperliche Gegenstände". Einen solchen Gegenstand bildet aber nicht der Luftraum, dem jede Körperlichkeit fehlt, und die in ihm freibefindliche Luft entzieht sich ihrer Natur nach der tatsächlichen Beherrschung, damit auch der rechtlichen, sodaß sie in freiem Zustand nicht Gegenstand eines dinglichen Rechtes sein kann." Schließlich führt er noch den Wortlaut des § 905 ins Feld: das Gesetz habe dabei von einem Eigentum an dem Raum über der Oberfläche eines Grundstücks nicht

---

46) Lehrb. d. Pand. R., § 139, S. 861.
47) Pand., Bd. I, § 198.
48) „Ausb. v. Nachforsch.", Bd. III, S. 447.
49) Jahrb. Bd. 6, S. 81 ff.
50) Lehrb. Bd. II, § 209 II, S. 149.
51) Komm. Bd. III, § 805, S. 341.
52) Liegenschaftsr. Bd. I, Anm. 1 u. 2 zu § 905, S. 365.
53) D. P. R., Bd. II, § 123, II 1, S. 394.
54) „Luftfahrtsr." H. 1, S. 4.
55) in Niemeyers Ztschr. Bd. 29, S. 473 u. 477.
56) in Iher. Jahrb., Bd. 38, S. 157 ff.
57) „Luftschiffahrtsr.", S. 13 f.
58) „Luft u. Recht", S. 10.
59) Komm. Bd. III, § 905, S. 341.
60) D. P. R., Bd. II, § 123 II 1, S. 394.
61) Diss., S. 6.

ausgehen wollen. Es wäre sonst das Natürlichste gewesen, wie in den §§ 946, 964 zu sagen: „Das Eigentum erstreckt sich auf den Raum usw.", statt von einer Erstreckung des Rechts des Eigentümers zu sprechen. So Weck [62]).

Wir stehen mit Fachinger auf dem Standpunkt, daß § 905 eine Erweiterung der durch das Eigentum gewährten Befugnisse zugunsten der besonderen Bedürfnisse der Grundstückseigentümer bestimmt, die eine Benutzung auch des zum Grundstück gehörigen Luftraumes zu jeder tatsächlichen Ausübung des Eigentums notwendigerweise erfordern (a. a. O. S. 7). Nun meint Zitelmann [63]), daß das Eigentum auch den Luftraum in sich begreifen müsse. Er behauptet, es sei unmöglich, daß das Grundstück nur in der zweidimensionalen Fläche bestehe, da so das Eigentum von uns Menschen als dreidimensionalen Wesen überhaupt nicht ausgeübt werden könne. Daraus folgert Zitelmann, daß zum Grundstückseigentum auch das an dem Luftraum gehöre. Die Folgerung ist nicht zwingend, da sich die Herrschaft auf den Erdkörper unterhalb des Grundstückes erstreckt, womit die notwendige dritte Dimension gegeben ist.

Auch das Reichsgericht will § 905 so verstanden wissen, daß sich der Luftraum über einem Grundstück im Eigentum des Grundstückseigentümers befindet (59, 116; 60, 140; 92, 48). Wenn Fachinger und Weck [64]) dem Luftraum die Körperlichkeit absprechen, so sehen wir den Hauptgrund hierfür in der fehlenden Abgegrenztheit desselben. Stellt man sich den Luftraum auch als ideell begrenzten Körper vor, so können diese nur gedachten Grenzen einer räumlichen Abgegrenztheit, wie sie der körperliche Gegenstand des § 90 verlangt, nicht gleichgesetzt werden. Somit können wir als drittes Erfordernis für den Begriff der Körperlichkeit und damit für den Sachbegriff das der Abgegrenztheit feststellen.

4. Die Selbständigkeit.

Zu den bisher aufgestellten Merkmalen, welche der Sachbegriff des § 90 erforderlich machte, wird ein weiteres Merkmal hinzutreten müssen: die Selbständigkeit. Dieses Erfordernis wird sowohl von der Wissenschaft (Enneccerus [65]), Oertmann [66]), Staudinger) [67]) als auch vom Reichsgericht verlangt. Das letztere hat in zahlreichen Entscheidungen den Satz aufgestellt: „Als eine Sache ist ein nach natürlicher Anschauung für sich allein bestehender, im Verkehrsleben besonders bezeichneter und bewerteter körperlicher Gegenstand zu verstehen" (RG. Gruch. 61, 917 ff.; RG. 87, 45 ff.). Was hat man nun unter dieser Selbständigkeit zu verstehen? Zunächst ist gegen Regelsbereger [68]) zu betonen, daß es sich bei dieser Selbständigkeit nicht darum

62) Deutsches Luftrecht, S. 13.
63) in Niem. Zeitschr., Bd. 29, 473.
64) a. a. O. S. 11.
65) Lehrbuch, § 114, S. 356.
66) § 90.
67) § 90.
68) Pand., I. Bd., § 96.

handelt, daß die Gegenstände selbständige Wirtschaftsobjekte sind, vielmehr müssen sie selbständige Rechtsobjekte sein, denn, wie Enneccerus [69]) treffend bemerkt, läßt sich das Recht zwar in der Hauptsache von wirtschaftlichen Gesichtspunkten leiten, aber doch nicht ausschließlich, wie ein Blick auf die Abgrenzung des Sachbegriffs bei unbeweglichen Sachen zeigt.

Wir behandeln zunächst die Frage der Selbständigkeit bei den einfachen Sachen, welche von den zusammengesetzten Sachen unterschieden zu werden pflegen. Erstere bilden eine natürliche unscheidbare Einheit, letztere stellen sich als eine Zusammenfassung mehrerer Stücke dar, die an sich der Selbständigkeit fähig sind (Enneccerus [70]), RG. [71])).

Bei den einfachen Sachen fallen natürliche und rechtliche Selbständigkeit in der Regel zusammen. Bei ihnen bestimmt sich die Einheit nach dem natürlichen Zusammenhalt oder, wie es vielfach ausgedrückt wird, um sich eines physikalischen Ausdruckes zu bedienen, durch die Kohärenz; jedenfalls trifft dies bei den beweglichen Sachen zu (Enneccerus [72])). Bei den Flüssigkeiten ist die rechtliche und natürliche Einheitlichkeit mit ihrer Abgegrenztheit gegeben, d. h., wie wir im vorigen Abschnitt gesehen haben, mit Einbringung in ein sie einschließendes Behältnis (Oertmann [73])). Das gleiche gilt von den gasförmigen Körpern. Es gibt jedoch Fälle, in welchen die Bestimmung von Gegenständen wegen des Auseinandergehens natürlicher und rechtlicher Selbständigkeit als Rechtsobjekte nicht so einfach ist wie bei den soeben genannten Sachen. Wir finden Dinge, bei welchen die natürliche Selbständigkeit unmöglich mit ihrer rechtlichen Sonderstellung zusammenfallen kann; es sind dies jene Gegenstände, welche man unter den Begriff „Mengesachen" zusammenfaßt.

Hierzu rechnet man jene körperlichen Gegenstände, welche einzeln betrachtet für den rechtsgeschäftlichen Verkehr ohne beachtlichen Wert sind; infolgedessen kommen sie nur in ihrer Vielheit für den Verkehr als e i n e Sache in Betracht (Enneccerus [74]), Ortmann [75]), Staudinger) [76]). Als Beispiele werden vielfach angeführt: ein Getreidehaufen, eine Kohlenmenge, ein Kartenspiel, ein Bienenschwarm. Es zeigt sich bei diesen Sachen, daß die Kohärenz nicht immer für die rechtliche Einheit maßgebend ist. Daß erstere nichts stets ausreichend sein kann und zu sein braucht, hat das BGB. durch die Behandlung des Bienenschwarms als e i n e Sache in § 961 anerkannt. Es läßt ein „körperliches Näheverhältnis" als genügend erscheinen (Ennec-

---

69) § 114, S. 356, Fußn. 4.
70) § 115, S. 64.
71) Gruch. 61, 917 ff.; RG. 69, 117 ff.; 67, 32.
72) § 114, S. 358.
73) Vorbem. zu § 90, S. 252 c.
74) § 114, S. 359.
75) siehe Fußnote 73.
76) Vorbem. 10 zu § 90, S. 403.

cerus[77]), Oertmann[78], Staudinger[79]) und das RG.)[80]). Oertmann rechnet zu den Mengesachen auch nur die paarweise verwendbaren Schmuck- und Kleidungsstücke. Gegen Planck[81]), welcher anderer Meinung ist, wendet er ein, eine Betrachtungsweise, welche den einzelnen Gegenständen, z. B. Körnern, Spielfiguren, rechtliche Sonderbehandlung zuspreche, sei mechanisch, wenn sie sich auf den Wortlaut des § 90 berufe, und spreche den tatsächlichen Verkehrsverhältnissen Hohn. Er fährt fort, falls ein körperliches Näheverhältnis vorhanden sei, so komme es auf die praktisch wirtschaftliche Betrachtungsweise an: werte diese die Stücke nur in ihrer Zusammenfassung, so sei nur e i n e Sache vorhanden; werte sie das eine als das ausschlaggebende, zu dem die anderen nur nebensächlich hinzutreten, so sei Hauptsache und Zubehör vorhanden; werte sie jedes Stück besonders, so liege eine Vielheit von Sachen vor...

Folgerichtig bekämpft Oertmann[82]) die Ansicht Endemanns und des OLG. Dresden (zit. b. Oertmann), nach welcher eine Briefmarkensammlung als eine Einheitssache anzusehen ist, mit dem Hinweis, daß bei dem u. U. sehr hohen Wert der Einzelmarke nur eine rechtliche Sonderbehandlung der einzelnen Marken in Betracht komme. In der Regel wird man bei den genannten Gegenständen mit Rücksicht auf wirtschaftliche Gesichtspunkte und Verkehrsübung nur eine Vielzahl rechtlich als e i n e Sache behandeln. Doch kann ausnahmsweise einmal ein im Regelfall für sich allein wertloser oder geringwertiger Gegenstand als eine Sache angesehen werden. Dann liegen aber besondere Umstände vor, die eine andere Behandlung rechtfertigen. So könnte z. B. ein Gegenstand aus wissenschaftlichen Gründen oder aus ganz persönlichen Gründen Einzelwert besitzen. Doch hindert eine derartige ausnahmsweise mögliche Sonderlagerung keineswegs die regelmäßige Annahme, solche Dinge nur in ihrer Vielheit rechtlich gelten zu lassen. Enneccerus[83]) weist noch in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die Herde nicht zu den Mengesachen in diesem Sinne zu zählen sei, da bei ihr jedes einzelne Stück besonders bewertet werde. Er berührt damit die Möglichkeit einer Verwechselung der Mengesachen mit dem Sachinbegriff oder der Sachgesamtheit. In der Tat wird es Grenzfälle geben, in welchen eine scharfe Abgrenzung und Einordnung von Gegenständen in diese oder jene Kategorie nicht ohne Schwierigkeiten sein dürfte. Werden auch die zu einem Sachinbegriff gehörigen Gegenstände unter einem einheitlichen Namen zusammengefaßt und sind sie auch zu einem einheitlichen wirtschaftlichen Zweck bestimmt, so verlieren die Inbegriffteile dennoch nicht einzeln ihren wirtschaftlichen Sonderwert, worin das Hauptunterscheidungsmerkmal von den Mengesachen zu

---

77) § 114, S. 359, Fußnote 12.
78) Vorbem. zu § 90, S. 252 c.
79) Vorbem. 10 zu § 90, S. 403.
80) RG. 87, 43.
81) I zu § 93, Z. 2. d.
82) a. a. O., vgl. Fußnote 78.
83) § 114, S. 359.

erblicken ist. Die Elemente der Sachgesamtheit bleiben daher selbständige Sachen.

Besondere Bedeutung gewinnt die Frage der Selbständigkeit ferner bei den zusammengesetzten Sachen. Die Zu- oder Aberkennung dieses Merkmals entscheidet darüber, ob wir einen körperlichen Gegenstand als Bestandteil einer Sache oder als selbständige Sache zu beurteilen haben. Das gilt sowohl für die sogenannten wesentlichen als auch für die unwesentlichen Bestandteile, denn auch bei Prüfung der Frage, ob ein wesentlicher Bestandteil, sei es gemäß § 93, sei es gemäß § 94 BGB., vorliegt, ist mit dem RG. zuerst festzustellen, ob überhaupt ein Bestandteil schlechthin vorliegt (RG. Gruch. 61, 917 ff.). Das Gesetz hat uns keine Handhabe gegeben, um in allen Fällen ohne Schwierigkeit und zweifelsfrei eine Entscheidung in dieser Richtung zu treffen, und so sehen wir uns in diesem Punkte vielfach auf die Verkehrsanschauung angewiesen (Enneccerus [84]), Oertmann [85]), Staudinger [86]), RG. [87])). Diese Verkehrsanschauung wird meist von wirtschaftlichen Erwägungen ausgehen, was nach diesen zur Vollendung einer Sache gehört, ist ihr Bestandteil (Oertmann [88])). Wie Enneccerus richtig bemerkt [89]), wird jedoch die Verkehrsanschauung nicht immer in der Lage sein, die betreffende Frage nach einer einheitlichen Sache zu beantworten; sie wird häufig überhaupt nicht festzustellen sein; oft wird sie von den verschiedenen Interessentengruppen je nach ihrer Interessenlage entschieden werden — man denke z. B. an die Stellungnahme der Maschinenfabrikanten in der Frage der wesentlichen Bestandteile. Daher müssen wir versuchen, andere Anhaltspunkte zu finden, um gegebenenfalls bei Versagen oder Nichtfeststellbarkeit der Verkehrsauffassung eine Entscheidung über das Vorliegen eines Bestandteils oder eines selbständigen körperlichen Gegenstandes treffen zu können, denn eine Entscheidung hierüber ist unumgänglich. In zahlreichen Urteilen hat das RG. sich mit diesem Fragenbereich beschäftigt, und es hat eine Anzahl von Merkmalen herausgearbeitet, welche geeignet erscheinen, eine Bestimmung über das Vorhandensein einer einheitlichen, zusammengesetzten Sache zu treffen. Zunächst muß seiner Ansicht, worin es den allgemeineren Gesichtspunkt zum Ausdruck gebracht hat, grundsätzlich beigepflichtet werden: „ein aus bisher selbständigen Sachen zusammengesetztes Ganzes ist nur dann als eine einzige Sache anzusehen, wenn das Ganze sich nach allgemeiner, natürlicher Anschauung als eine Körpereinheit darstellt und die zu dem Ganzen verbundenen Gegenstände ihre frühere Eigenschaft als selbständige Sachen durch die Verbindung dergestalt verloren haben, daß sie fortan nur als unselbständige Stücke jener Körpereinheit erscheinen" [90]).

---

84) § 118, 371 (Lehrb.).
85) § 93, S. 276, 4 b.
86) § 93, S. 428.
87) RG. 83, 67; JW. 12, S. 128 Nr. 1; RG. 67, 30; 69, 152; RG. 63, 171; JW. 04, S. 111, Nr. 4, S. 548 Nr. 2 ff.
88) § 93, S. 276, 4 b.
89) § 118, S. 371.
90) RG. 87, 45.

Für die Entscheidung im Einzelfalle soll also die Art und Weise der Zusammensetzung von wesentlicher Bedeutung sein. In den vom Reichsgericht behandelten Fällen handelt es sich in der Hauptsache um die Frage, ob Maschinen als Bestandteile von Fabrikgebäuden anzusehen sind. Es hat hierbei die Ansicht vertreten, daß auch schon eine lose Verbindung zwischen Maschine und Gebäude ausreichend erscheint; doch müsse in der Regel dann ein besonderer Umstand vorliegen, der zu der Anschauung führt, daß die zusammengesetzten Gegenstände trotz der nur losen Verbindung ihre körperliche Selbständigkeit verloren haben, und, solange die Verbindung dauere, nur noch unselbständige Stücke des Ganzen seien, so namentlich, wenn die Gegenstände einander besonders angepaßt oder zur Herstellung des Ganzen verfertigt seien, wie z. B. die Teile einer Lampe, eines Wagens [91]). Es ist also nicht immer unbedingt notwendig, daß die Maschinen mit dem andern Körper eine körperliche Einheit zu bilden scheinen [92]). Es erscheint auch zutreffend, wenn weiterhin in letztgenanntem Urteil (RG. 67, 32) gesagt wird, daß bei Prüfung eines Bestandteiles eines Gebäudes nicht von dem Begriff eines Gebäudes in abstracto ausgegangen werden dürfe, also von einer durch Wände und Dächer einen Raum von der Außenwelt abschließenden Baulichkeit; sondern es sei die Zweckbestimmung des betreffenden Gebäudes als maßgebend in Betracht zu ziehen; z. B. werde eine Kirche als Teile ihres Bestandes Gegenstände in sich schließen, die bei einem Wohngebäude oder bei einem landwirtschaftlichen Gebäude nicht in Frage kämen. Wie RG. 62, 269 und Enneccerus [93]) bemerken, kann zur Annahme eines Bestandteils auch eine Verbindung genügen, welche nur auf der Schwerkraft des Sachteils beruht, z. B. abnehmbare Maschinenteile, Lampengestell usw. Bei einer leicht löslichen Verbindung und einer baulichen Anpassung des sie aufnehmenden Raumes hat das Reichsgericht [94]) eine zu einer Dampfmahlmühle gehörige Lokomobile nicht als deren Bestandteil angenommen, sondern die Lokomobile als selbständige Sache erachtet. Es hat überhaupt bei Lokomobilen trotz gewisser Anpassung des Gebäudes, in das sie eingebracht worden sind, grundsätzlich ihre Bestandteilseigenschaft verneint [95]). In diesem Zusammenhang ist auch vom Reichsgericht [96]) ausgesprochen worden, daß eine nur wirtschaftliche Verbindung mit dem Fabrikunternehmen und ihre Bedeutung für dieses niemals die Bestandteilseigenschaft begründen kann. Es vertritt den gleichen Standpunkt in zahlreichen anderen Fällen [97]) und erklärt es für unerheblich, daß eine Maschine für den wirtschaftlichen Betrieb von größter Wichtigkeit ist; es weist hierbei auf die §§ 97 I, 98 Nr. 1 BGB. hin, wonach Maschinen keine Bestandteile, sondern nur Zubehör sind

---

91) RG. 87, 45; 83, 67; 69, 152; 69, 117; 63, 173; JW. 04, S. 111 Nr. 4, S. 548 Nr. 2; RG. 67, 32.

92) RG. 67, 32.

93) § 118, S. 371, Fußnote 1 a.

94) siehe Entscheidungen im RGR. Komm. (1939), § 93, 2. S. 165.

95) Warn. 1910 Nr. 190.

96) Warn. 1910, Nr. 190.

97) vgl. RGR. Kommentar § 93, 2, S. 164 f.

(Warn. 1920, Nr. 31; Warn. 1931, Nr. 159). Daraus folgt, daß Maschinen trotz größter wirtschaftlicher Bedeutung für den Betrieb nicht Bestandteil zu sein brauchen.

Aus dieser Auffassung folgt, daß dann eine Sache anzunehmen ist, wenn mehrere körperliche Gegenstände zu einer Körpereinheit verschmolzen sind; was dann der Fall ist, wenn wenigstens ein Gegenstand seine körperliche Selbständigkeit verloren hat. Wenn auch das wirtschaftliche Moment bei dieser Frage nicht von erster oder alleiniger Bedeutung ist, so wird sie doch die Verkehrsauffassung vielfach beeinflussen, ja, wenn eine solche nicht zu ermitteln ist, so wird sie in manchen Fällen den hauptsächlichen Maßstab abgeben (Enneccerus[98])). Einen gewissen Anhaltspunkt bietet auch die Sprache, welche durch Verwendung eines gemeinsamen Namens zum Ausdruck bringt, daß mehrere Gegenstände als eine Sacheinheit angesehen werden sollen; doch kann eine einheitliche Bezeichnung nur neben anderen Merkmalen Beachtung verdienen, da auch eine Mehrheit selbständiger Namen auftritt, wie es z. B. bei der Sachgesamtheit der Fall ist.

Ferner ist die Dauer der Verbindung für das Vorliegen einer Sacheinheit maßgeblich. Für die Grundstücksbestandteile ist in § 95 BGB. ausgesprochen, daß eine Sache bei vorübergehender Verbindung mit einer anderen nicht als Bestandteil auzusehen ist. Dieser Grundsatz ist auch bei den Bestandteilen beweglicher Sachen anzuwenden. Dementsprechend bleiben ein mit dem Kleidungsstück verbundener Orden oder Schmuck trotz körperlichen Zusammenhanges selbständige Sachen (Enneccerus[99])).

Aus dem Ausgeführten ergibt sich, daß für die Bestimmung, ob wir es mit einer selbständigen Sache oder mit einem Bestandteil zu tun haben, eine Reihe von Merkmalen maßgebend ist. Wir können mit Oertmann[100]) sagen, daß eine Entscheidung nur von Fall zu Fall getroffen werden kann. Im übrigen gelangt er zum gleichen Ergebnis wie das Reichsgericht, indem er der Verkehrsauffassung in diesen Entscheidungen breiten Raum gewährt. Es kann ihm auch zugestimmt werden, wenn er erklärt, es sei dann etwas als Bestandteil anzusehen, wenn es nach der Verkehrsanschauung zur Vollendung einer Sache gehöre[101]); was danach als selbständige, wenn schon wirtschaftlich dienende Sache gewertet werde, die Zweckbestimmung der Sache fördere, sei Zubehör. Er fährt dann fort, das entspreche der Auffassung des gemeinen Rechts, wie der des ALR und müsse auch für das BGB. gelten.

Dementsprechend betrachtet Oertmann mit Sohm[102]) und Binder[103]) Gefäße, in welchen Flüssigkeiten enthalten sind, als selbstständige Sachen, entgegen der Auffassung von Planck[104]), welcher hier die Gefäße als Bestandteil ihres Inhaltes ansieht, weil der Inhalt mit der Trennung von dem

98) § 118, S. 371.
99) § 118, S. 371.
100) § 96, S. 276, 4 b.
101) Oertmann, § 93, S. 276, 4 b.
102) „Gegenstand", S. 17.
103) ZHR. 59, 31.
104) § 90.

Behältnis entwertet oder vernichtet werde. Mit Recht hält Oertmann Planck die Verkehrsauffassung entgegen, daß man mit dem Wein nicht zugleich Eigentum an dem Faß erwerben wolle, und daß die Behältnisse, z. B. Bierflaschen, vielfach als „unveräußerliches Eigentum" des Lieferanten erklärt würden. Wohl zutreffender nimmt er bei den Behältnissen Zubehöreigenschaft an. Die Sachen, welche durch die Trennung von den Gefäßen entwertet werden, büßen deshalb keineswegs ihre Selbständigkeit ein.

5. Die Beherrschbarkeit.

Es gibt nun eine Menge von Gegenständen, welche den bisher aufgestellten Sacherfordernissen gerecht werden, ohne daß wir sie jedoch als Sachen im Rechtssinne bezeichnen können. Der Grund hierfür liegt in der zwar in § 90 BGB. nicht ausdrücklich ausgesprochenen, aber dennoch notwendigen stillschweigenden Unterstellung des § 90, daß nur solche körperlichen Gegenstände als Sachen im Rechtsinne in Betracht kommen, die der menschlichen Herrschaft unterworfen werden können; denn das Recht reicht immer nur so weit, wie sich der Machtbereich seiner Subjekte erstreckt. Dementsprechend beziehen sich seine Normen und Begriffe auf das, was dem menschlichen Willen unterworfen werden kann. Infolge des Umstandes, daß sie nicht Objekt menschlicher Herrschaft sein können, scheiden daher trotz Vorhandensseins der Körperlichkeit für das BGB. als Sachen aus z. B.: Sonne, Mond und Sterne, sowie der Erdkörper.

Wie wir bereits gezeigt haben, hatten wir die res omnium communes des römischen Rechts wie das offene Meer, die Luft, das freifließende Wasser schon wegen ihrer fehlenden Abgegrenztheit aus dem Bereich der Sachen des heutigen Privatrechts ausgeschaltet. Im engsten Zusammenhang mit ihrer mangelnden Begrenztheit steht die bei ihnen ebenfalls nicht vorhandene Eignung, der menschlichen Gewalt zugänglich zu sein. Die erstgenannten Beispiele zeigen, daß nicht alle körperlichen Gegenstände Sachen i. S. des § 90 BGB. sind. Es müßte also, genauer ausgedrückt, in § 90 BGB. heißen: Sachen i. S. dieses Gesetzes sind diejenigen körperlichen Gegenstände, welche der menschlichen Herrschaft zugänglich sind. Diese Auffassung wird heute allgemein geteilt (Biermann [105]), Binder [106]), Enneccerus [107]), Gierke [108]), Plank [109]), Sohm [110]), Endemann [111])).

Nach römischem Rechte wurden die sog. res omnium communes zu den res extra commercium gezählt; nach unserem heutigen Sachbegriff fallen sie aber nicht einmal mehr unter diesen Begriff, der, obwohl das

105) Bürgerl. Recht, I. Bd., S. 373.
106) Arch. Bürg. R., Bd. 34, S. 223.
107) Lehrb. § 114, II.
108) D. P. R. II, § 102, III, 1.
109) Komm. Bd. I, Vorbem. 2 b zu § 90.
110) „Der Gegenstand", S. 16.
111) Lehrbuch, Bd. I, S. 227.

BGB. seiner keine Erwähnung tut, auch im geltenden Privatrecht noch Bedeutung hat. Wie aus den Motiven zum BGB. (Bd. III, S. 26) hervorgeht, hat das BGB. auf eine Definition der res extra commercium verzichtet, weil es sonst auf die römisch-rechtlichen Vorstellungen und Beziehungen der betreffenden res zum Staatsrecht hätte eingehen müssen; ferner wäre eine Unterscheidung zwischen den res extra commercium und den res in commercio wegen ihrer engen Beziehung zum öffentlichen Recht der Landesrechte schwierig gewesen. Soviel ist immerhin feststehend, daß heute ein großer Teil der in Betracht kommenden Gegenstände nicht mehr dem Privatrecht entzogen ist, wie es bei den Römern der Fall war. Wie Enneccerus[112]) treffend bemerkt, sind einige der res extra commercium des römischen Rechts und zwar die res omnium communes wegen ihrer natürlichen Unfähigkeit, als Sachen angesehen zu werden, am besten gar nicht mehr als „Sachen" zu bezeichnen. Die übrigen verkehrsunfähigen Sachen der Römer sind nach dem geltenden Privatrecht als Sachen zu bewerten, wenn sie auch aus den verschiedensten Gründen nur in beschränktem Maße Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs sein können. So sind eine Reihe von Sachen aus Gründen des öffentlichen Rechtes dem Verkehr entzogen. Die Ordnung der auf solche Sachen bezüglichen Verhältnisse mußte zunächst, eben weil sie im öffentlichen Recht wurzeln, fast völlig den Bundesstaaten, später den Ländern verbleiben. Doch stehen sie im Besitz und genießen den Besitzschutz des BGB., wie z. B. Staudinger[113]) und Enneccerus[114]) erklären. Wenn sie aber Objekt des Besitzes sind, so sind sie auch Sachen im Rechtssinn, denn Besitz ist nur an Sachen möglich. Auch die dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen, die res publicae der Römer, können nicht mehr als verkehrsunfähige Sachen gelten. Sie sind anerkanntermaßen nur so weit dem rechtsgeschäftlichen Verkehr entzogen, als durch ihn der Gemeingebrauch, dem sie dienen sollen, beeinträchtigt wird. Sie stehen im Eigentum, sei es in dem des Staates, einer Gemeinde oder auch einer Privatperson. Daher sind auch sie Sachen im Rechtssinne. Demnach bezeichnen wir nach dem heutigen Rechtszustand die öffentlichen Straßen, Plätze, Brücken, Häfen als verkehrsbeschränkte Sachen. Im übrigen besteht bei ihnen jederzeit die Möglichkeit, daß sie durch Außerdienststellung völlig verkehrsfähig werden (Friedrichs[115])). Auch das Reichsgericht schließt sich der Auffassung der neuen Rechtsentwicklung hinsichtlich der res extra commercium an, wenn es in verschiedenen Urteilen ein Eigentum an ehemals verkehrsunfähigen Sachen als möglich anerkennt. So erklärt es[116]) die römischen Grundsätze über res religiosae nicht mehr für anwendbar und gewährt Eigentum an einem Begräbnisplatz. Desgleichen läßt es Privatrechte an kirchlichen Gerätschaften zu. Es nennt das Eigentum, wel-

112) § 122 II.
113) Vorbem. zu § 90, VII 2.
114) § 122, II.
115) in Gruch. Beitr. 64. Jahrg., S. 677.
116) RG. Seuff. A. 36, Nr. 176, S. 264.

ches die Kirchengemeinde an der Sache hat, das bürgerlich-rechtliche [117]). Ferner erkennt es Privateigentum am Teil eines Flußbettes eines öffentlichen Flusses an [118]) In den beiden letztgenannten Entscheidungen bejaht das Reichsgericht ebenfalls Eigentum an öffentlichen Wegen, doch mit Beschränkung durch den Gemeingebrauch, wie es in allen genannten Fällen die Verkehrsfähigkeit der betreffenden Sachen annimmt, soweit sie sich aus der Natur oder dem Zwecke der Sache ergibt.

Es erscheint an dieser Stelle wohl nicht nötig, noch einmal auf Sohms „Verfügungsgegenstand" einzugehen; es ist bereits bei der Behandlung des Gegenstandsbegriffs darauf hingewiesen worden, daß die Verfügbarkeit im technischen Sinne regelmäßig die Folge der Sacheigenschaft ist, und daß wir nicht den umgekehrten Weg gehen dürfen. Daß aus natürlichen Gründen über manche körperlichen Gegenstände nicht verfügt werden kann, ändert nichts an der von uns gemißbilligten Methode der Sohm'schen Deduktionen. Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß die Bedeutung der sog. res extra commercium im heutigen Recht im Schwinden begriffen ist, und daß dieser Begriff für den Sachbegriff von untergeordneter Bedeutung erscheint, daß letzterer vielmehr von der Eignung der betreffenden Gegenstände, Objekt der menschlichen Herrschaft schlechthin zu sein, in erster Linie und hauptsächlich bestimmt wird. Wir möchten im Falle des Vorliegens der letztgenannten Bedingung eine Sache i. S. des § 90 BGB. annehmen, selbst, wenn der in Frage kommende körperliche Gegenstand aus irgendwelchen Gründen dem Rechtsverkehr entzogen ist. Die Extrakommerzialität aus nicht natürlichen Gründen scheint mir eine Frage zu sein, die erst nach Prüfung der Sacheigenschaft gestellt werden kann. Diese Frage beantwortet das Recht selber, wobei es nach meiner Ansicht nicht entscheidend ist, ob sie, wie es meistens der Fall sein wird, vom öffentlichen Recht gegeben wird. Diese Auffassung scheint mir den Vorzug der logischen Klarheit zu haben. Wenn wir die aus natürlichen Gründen verkehrsunfähigen Sachen nicht unter den Sachbegriff des § 90 BGB. fassen, so ergibt sich das aus einer selbstverständlichen Unterstellung des § 90 BGB., während sich die Verkehrsunfähigkeit, welche sich aus dem Recht selber ergibt, keinen unmittelbaren Zusammenhang mit § 90 BGB. hat. Wenn Binder [119]) gegen die Sohm'sche Behauptung, verkehrsunfähige Sachen seien u. a. solche, über welche aus sittlichen Gründen nicht verfügt werden könne, die Frage erhebt: „Sind nicht auch Sachen extra commercium denkbar?", so teilen wir damit Binders Ansicht: nur aus natürlichen Gründen der rechtlichen Herrschaft unzugängliche Sachen sind keine Sachen im Rechtssinne.

---

117) RG. 107, 367.
118) RG. 80, 123; RG. JW. 09, Nr. 43, S. 509; Jur. Rdschau 1926, Nr. 1938.
119) ZHR. 1907, S. 225.

C. Sonderfälle:

1. Das Grundstück.

Die von uns aufgestellten Sacherfordernisse hatten wir in der Hauptsache an beweglichen Sachen festgestellt. Wir wollen nun einen kurzen Blick auf die unbeweglichen Sachen, d. h. die Grundstücke, wie sie das Gesetz nennt, werfen. An einigen Stellen, z. B. in den §§ 929—936, in den §§ 937 ff., in den §§ 946 ff. und anderen Stellen bedient sich das BGB. des Ausdruckes „bewegliche Sache", während es anderswo, z. B. in den §§ 873 ff., 925—928 usw. von „Grundstücken" spricht. Wo es jedoch nur schlechthin von „Sache" spricht, wie in den §§ 985 ff. usw., versteht es sowohl diese wie jene darunter gemeinsam. Erklärt es beide für Sachen, so müssen die Erfordernisse des Sachbegriffs, die wir zunächst hauptsächlich an beweglichen Sachen nachgewiesen haben, auch bei den Grundstücken vorhanden sein, andernfalls ein Widerspruch in der Ausdrucksweise des Gesetzes zutage träte. Wir halten es deshalb für zweckmäßig, hierauf hinzuweisen, weil sowohl in der höchstrichterlichen Rechtsprechung wie in der Wissenschaft meist eine Begriffsbestimmung des Grundstückes gegeben wird, welche den Anschein erwecken könnte, als seien gewisse, von uns aufgestellte Sacherfordernisse bei dem Grundstück nicht nötig. Wenn z. B. Bunsen [1]), Güthe-Triebel [2]), Henke-Mönch [3]), Oertmann [4]), Staudinger [5]), das RG. [6]), ferner Schneider [7]) unter einem Grundstück einen räumlich abgegrenzten Teil der Erdoberfläche verstehen, welcher auf einem besonderen Grundbuchblatt verzeichnet ist, so klingt dies so, als sei das Grundstück nur eine Fläche. Wenn diese Definition richtig wäre, so hätten wir in dem Grundstück eine Sache vor uns, welche mit dem § 90 in Widerspruch stünde, da es ihm an der Körperlichkeit fehlen würde. Die zumindest zweideutige Verwendung des Ausdruckes „Erdoberfläche" scheint mir in erster Linie auf der umstrittenen Bestimmung des § 905 BGB. zu beruhen, in der es heißt: Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche. Die Vertreter der anderen Ansicht könnten mit Bezug auf diese Bestimmung für sich geltend machen, daß die Bestimmung des § 905 hinsichtlich der Erstreckung der Eigentümerbefugnisse auf den Erdkörper überflüssig wäre, wenn zu dem Grundstücksbestand der Erdkörper gehörte. Dieses Argument kann aber nicht durchschlagen. Grundsätzlich regelt § 905 nur die Eigentumsverhältnisse an dem Grundstück. Er empfängt seinen besonderen Inhalt durch die Grenzen, welche den Eigentümerbefugnissen gezogen sind. Insbesondere kann der Gesetzgeber wegen der Schwierigkeit einer Grundstücksbegrenzung nach unten

---

1) „Der Schutz d. Eigentums", S. 420.
2) Grundbuchordnung S. 84, § 3. I. Bd. 1936.
3) Grundbuchordnung § 3 A b. 1936.
4) Sachenr. S. 2.
5) Vorbem. 1 zu § 873.
6) RG. JW. 10, 60; 68, 25; 73, 125; 84, 270.
7) Seuff. Bl. 1911, S. 263.

es für erforderlich gehalten haben, hinsichtlich des Erdkörpers besonders das auszusprechen, was sich auch ohne § 905 BGB. für den Erdkörper verstanden hätte.

Für unsere Ansicht spricht ferner der § 90. Es ist nicht einzusehen, warum bei Grundstücken das Erfordernis der Körperlichkeit, namentlich das der Raumerfüllung nicht notwendig sein soll, wenn, was unzweifelhaft ist, das Gesetz sowohl bewegliche Sachen wie Grundstücke als Sachen bezeichnet. Weiterhin sprechen die §§ 93,94 und 95 für uns, denn wie kann von einer festen Verbindung oder Einfügung von Gegenständen, insbesondere von Pflanzen, oder Errichtung von Gebäuden auf Grundstücken gesprochen werden, falls es sich nur um Flächen handelte? Ferner wird die auf den ersten Blick schwierige natürliche Abgrenzbarkeit des Erdkörpers die gegnerische Auffassung beeinflußt haben. Doch läßt sich eine für den Sachbegriff ausreichende Individualisierung erreichen. Im allgemeinen erfolgt die Abgrenzung auf der Erdoberfläche durch in sich zurücklaufende Linien, welche eine Fläche von den anderen benachbarten Flächen absondert. Eine Scheidung des unter dieser abgegrenzten Fläche liegenden Erdkörpers zu den benachbarten Erdkörpern ergibt sich daraus, daß man sich die oben gezogenen Linien zum Erdmittelpunkt flächenhaft verlängert denkt. Damit stehen wir jedoch nicht auf dem gemeinrechtlichen Standpunkt, daß sich das Grundstück bis zum Erdmittelpunkt erstreckt; vielmehr findet das Grundstück seine untere Grenze dort, wo die menschliche Herrschaftsmöglichkeit ihr natürliches Ende hat. Wie weit dies der Fall ist, hängt davon ab, welche technischen Hilfsmittel dem Eigentümer zu Gebote stehen. Wenn diese untere Grenze nicht immer die gleiche ist und somit nicht ohne weiteres scharf zu ziehen ist, so reicht sie jedoch aus, um in einem derartig abgegrenzten Grundstück eine Sache erblicken zu können, die ausreichend bestimmt ist, um Gegenstand des Rechtsverkehrs und der menschlichen Herrschaft zu sein. Dieser Abgrenzung des Erdkörpers schließt sich im wesentlichen auch Endemann [8]) an.

Dementsprechend finden auch die Eigentümerbefugnisse in § 905 BGB. ihre Beschränkung. Hinsichtlich des Raumes über der Erdoberfläche ist festzustellen, daß dieser infolge seiner Unfähigkeit, Sache zu sein, nicht zu dem Bestande des Grundstücks gehören kann. Auch Planck [9]) erklärt, daß zum natürlichen Bestand des Grundstücks der Erdkörper in der soeben vorgenommenen Abgegrenztheit gehört, jedoch ohne die vorgenommene untere Grenze, sondern bis zum Erdmittelpunkt sich erstreckend.

Der bisher aufgestellte Grundstücksbegriff ist durch die Natur der Dinge gegeben; er ist jedoch zunächst nur ein tatsächlicher. Er sagt nichts darüber aus, ob jeder räumlich abgegrenzte Teil des Erdkörperes ein Grundstück im Rechtssinne bildet. Wir haben deshalb weiterhin festzustellen, ob das Gesetz hierfür eine Handhabe bietet. Dafür könnten maßgebend sein die wirtschaftliche Bestimmung, der räumliche Zusammenhang, der Wille des Eigentümers, die Buchung in öffentlichen Büchern. Das BGB. hat hierüber keine Rege-

8) Lehrb. II, § 71, 1.
9) Komm. III. Bd., Vorbem. zu § 873, S. 102.

lung getroffen. Doch hat die GBO. in den §§ 2—7 ausgesprochen, was für die Grundstücksbestimmung im Rechtssinne maßgebend ist. Ferner ergibt sich aus § 890 BGB., daß dasjenige Grundstück, das im Grundbuch in selbständiger Weise gebucht ist, als ein Grundstück im Rechtssinne anzusehen ist. Da andere gesetzliche Gesichtspunkte hierfür nicht als maßgeblich in Betracht kommen, so entscheidet für diese Frage allein die Buchung im Grundbuch. Als Grundstück im Rechtssinne können also nur diejenigen gelten, die im Grundbuch eine besondere Stelle haben [10]). Damit ist auch der Begriff des historischen Grundstücks [11]), d. h. des Grundstücks in der ihm durch die tatsächlichen Verhältnisse im Laufe der Zeiten gegebenen Gestalt, abgelehnt (Schneider [12]), Güthe [13])). Die besondere Stelle ist im allgemeinen ein besonderes Grundbuchblatt. Eine Ausnahme hiervon bildet einmal der Fall, in welchem erst ein Grundbuch angelegt wird. Dann wird der Eigentümer zu bestimmen haben, aus wievielen und welchen Katasterparzellen das einzutragende Grundstück bestehen soll. Bei Grundstücken, welche nicht eingetragen werden, werden wirtschaftliche Gesichtspunkte hierüber entscheiden. Mit dem Grundstück bilden seine Bestandteile, insbesondere die nach den §§ 93 und 94 BGB. wesentlichen eine einheitliche, zusammengesetzte Sache, wofür die unter D. aufgestellten Merkmale gleichfalls in Betracht kommen. Nach herrschender und zutreffender Ansicht sind keine Bestandteile, auch keine unwesentlichen, diejenigen Sachen, bei denen die Voraussetzungen des § 95 BGB. vorliegen. Die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Rechte gelten zwar nach § 96 BGB. als Bestandteile des betreffenden Grundstücks, doch werden sie dadurch selbstverständlich keine Sachen.

2. Der menschliche Leichnam; die Glieder des menschlichen Körpers.

Daß der Körper des lebenden Menschen keine Sache ist, ist heute eine allgemein anerkannte Tatsache, welche keiner näheren Darlegung bedarf. Auch die Frage nach der Sachqualität künstlicher Glieder dürfte nicht schwer zu beantworten sein. Diese können so fest mit dem menschlichen Körper verbunden sein, daß sie kein selbständiges, gesondertes Dasein mehr führen; deshalb kann man sie als Bestandteile des menschlichen Körpers ansehen; sind sie aber derartige Bestandteile, so müssen sie ihre Sacheigenschaft verlieren. Anders verhält es sich mit weniger fest verbundenen künstlichen Gliedmaßen, welche leicht von dem menschlichen Körper abzutrennen sind. Man darf diese auch nach ihrer Einfügung weiterhin als Sachen ansehen. Auch können sie in beschränktem Umfange dem Rechtsverkehr zugänglich sein, wenn auch gewisse Rechtsgeschäfte über sie wegen eines Verstoßes gegen

---

10) RG. 84, 270; 73, 125.
11) Über die geschichtliche Begrenzung des Grundstückes vgl. Wolff, Sachenr., § 37, I, S. 100.
12) Seuf. Bl. 1911, S. 264.
13) Grundbuchordnung § 8, S. 2.

die guten Sitten unzulässig sein werden. Durch § 811 ZPO. sind sie der Zwangsvollstreckung entzogen.

Unbedenklich ist auch die heute herrschende Auffassung, daß natürliche Körperteile nach ihrer Trennung vom Körper Sachen sind [14]). Daß sie dann verkehrsfähig und Gegenstand des Eigentums sein können, wird ebenfalls allgemein angenommen. Verschieden sind nur die Ansichten darüber, wie sich der Eigentumserwerb an ihnen vollzieht. So werden im täglichen Leben Rechtsgeschäfte über abgetrennte Körperteile abgeschlossen. Wir erinnern nur an die Veräußerung abgeschnittener Haare. In manchen Fällen ist die Veräußerung derartiger Sachen durch § 138 BGB. ausgeschlossen.

Umstrittener ist die Frage, ob der menschliche Leichnam eine Sache ist. Die meisten Schriftsteller [15]) bejahen sie, wobei im Einzelnen die Ansichten über die Verkehrsfähigkeit erheblich voneinander abweichen. Andere, die sie verneinen [16]), begründen ihre Ansicht damit, daß sie in dem Leichnam eine Nachwirkung der Persönlichkeit des Verstorbenen über seinen Tod hinaus sehen. Diese Auffassung trägt einen berechtigten Kern in sich; denn sie gründet sich auf die Pietät, die man nach alter Sitte dem toten Familiengenossen zollt. Sie fußt ferner auf religiösen Vorstellungen, die vielleicht im Laufe der Zeit immer mehr zurücktreten mögen. Von einer über den Tod hinaus fortwirkenden Persönlichkeit kann aber, streng genommen, nicht die Rede sein, da juristisch die Persönlichkeit so sehr mit dem Rechtssubjekt verhaftet ist, daß sie rechtlich mit dem Fortfall desselben gleichfalls erlischt.

Das Gesetz hat zu diesem Problem keine ausdrückliche Stellung genommen. Aus den §§ 1968, 1615, II, 1713, II und 844 BGB. ist über die rechtliche Natur des Leichnams nichts Entscheidendes zu entnehmen, da sie nur eine Regelung über die Bestattungskostenpflicht treffen. Auch die polizeirechtliche Vorschrift des § 367 StGB. bietet keinen Anhaltspunkt; sie spricht eine Bestrafung desjenigen aus, der ohne Vorwissen der Behörde einen Leichnam beerdigt oder beiseite schafft. Schon eher könnte man etwas aus § 168 StGB. schließen, wonach die Entziehung eines Leichnams aus dem Gewahrsam des Berechtigten für strafbar erklärt wird. Diese Strafbestimmung schließt die Möglichkeit eines Leichendiebstals gemäß § 242 aus. Die Bestrafung der Entziehung eines Leichnams nach § 168 StGB. und nicht nach § 242 StGB. dürfte auf die Absicht des Gesetzgebers schließen lassen, daß er den Leichnam nicht als Sache betrachtet wissen will. Joel [17]) und Hegemann [18]) legen § 168 anders aus; sie meinen, wenn darin von dem „Gewahrsam" einer Leiche die Rede ist, so spreche das für die Sacheigenschaft der Leiche, da Gewahrsam nur an Sachen bestehen könne. Hierauf ist zu erwidern, daß dieser Ausdruck in § 168 nicht die spezielle Bedeutung zu

14) Enneccerus, § 114, II. Oertmann, Vorbem. zu § 90, 6 e, β. Staudinger, Komm. § 90, 3 a.

15) Vgl. die bei Oertmann, Vorbem. zu § 90, 6 e, γ zitierten.

16) Gierke, D. P. R. II, § 102, S. 35 f; Rausnitz, i. Recht, S. 593. Schreuer, Bonner Festgabe für Bergbohm, S. 262 f. Regelsberger, Pand. 1, S. 413. Merkkel, Sächs. Arch., Bd. 14, S. 677.

17) „Rechtsverhältnisse am toten menschl. Körper", S. 12.

18) „Der Leichnam", S. 31.

haben braucht, die er z. B. in § 242 StGB. hat. Auch die Einreihung des § 168 in die Religionsdelikte spricht eher gegen als für die Ansicht Joels und Hegemanns. Die Regelung des Leichentransportes durch die Eisenbahnverkehrsordnung (1908, §§ 4 ff.), wonach Leichen in Personenzügen auf einen Beförderungsschein, nicht auf einen Frachtbrief befördert werden, dürfte jedenfalls der Sitte und dem Volksbrauch entsprechen, wenn sie den Leichnam in ihrem Bereich nicht als Sache behandelt. Die Auffassung, welche in dem Leichnam eine verkehrsunfähige Sache sieht, wird ebenfalls von den Pietätsrücksichten beeinflußt, da sie den Leichnam dem Rechtsverkehr entzieht. Nicht recht zutreffend erscheint uns jene Ansicht, die die Sachqualität des Leichnams bejaht, im allgemeinen aber Rechtsgeschäfte über ihn durch § 138 BGB. für unzulässig erklärt. Richtiger wäre es wohl, den Leichnam erst gar nicht als Sache anzusehen. In den seltenen Fällen, in denen ausnahmsweise einmal ein Rechtsgeschäft über den Leichnam erlaubt sein dürfte, liegen ganz besondere Gründe vor, die das Pietätsgefühl zurücktreten lassen. So wird man die Übereignung einer Anatomieleiche oder einer Mumie als zulässig erachten müssen, besonders in letzterem Falle, wo keine Beziehung mehr zu der Persönlichkeit des Verstorbenen besteht. Die Vertreter der Ansicht, die Leiche sei eine verkehrsunfähige Sache, scheinen in der Hauptsache von dem Bestreben gedrängt worden zu sein, den Leichnam in die Begriffe des BGB. einreihen zu müssen. Nach unserer Auffassung entzieht sich der Leichnam einer Einordnung in die vorhandenen juristischen Begriffe. Hier tritt das Recht hinter der Macht der Sitte und religiöser Vorstellungen zurück. Es dürfte auch kaum zweifelhaft sein, daß die Folgerungen, die sich aus der Sacheigenschaft des Leichnams ergeben, nämlich Gegenstand des Rechtsverkehrs und beispielsweise des Eigentums zu sein, nicht mit der Volksanschauung in Einklang zu bringen sind. Daher sieht man in dem Leichnam richtiger den Gegenstand einer familienrechtlichen Fürsorgepflicht [19]). Hieraus ergibt sich das Gebot, dem Andenken des Verstorbenen gegenüber die Pietät zu wahren. Ferner beruht hierauf ein gewisses Bestimmungsrecht über Ort und Art der Bestattung [20]), das jedoch in erster Linie dem Verstorbenen zusteht. Unrichtig ist die Auffassung, welche diese Rechte als vererbte Persönlichkeitsrechte ansieht, die mit dem Tode einer Person auf deren Erben übergehen [21]). Wie wir bereits erwähnten, erlöschen grundsätzlich die Persönlichkeitsrechte mit dem Tode ihres Trägers. Eine gewisse „Fortsetzung der Persönlichkeit" mag man in dem Ehrenschutz erblicken, den § 189 StGB. dem Andenken Verstorbener gewährt. Diese Erwägungen lassen uns zu dem Schluß kommen, daß der Leichnam keine Sache ist, mag man sie nun als verkehrsfähige oder -unfähige ansehen. Was für den Körper des toten Menschen gilt, ist auch für die Aschenreste eines Verstorbenen maßgebend [22]).

19) Staudinger-Boehmer, Erbrecht, Bd. 5; Bemerkung 150, 1. zu § 1922.
20) § II, 1 Feuerbest.-Gesetz (15. 5. 34); RG. 72, 251; RG. „im Recht" 1926, Nr. 461; RG. 100, 172.
21) Staud. Komm., Bd. I, Bem. 4 zu § 90. Endemann III 1, § 30, VII, a u. b.
22) hierüber s. auch St.-Boehmer, Bem. 150 u. 151 zu § 1922 a. a. O.

D. Das bisherige Ergebnis.

Am Anfang unserer Ausführungen haben wir festgestellt, daß der Gegenstandsbegriff wenig geeignet ist, den Sachbegriff des § 90 zu klären. Deshalb mußten wir uns bei der Feststellung des Sachbegriffs in der Hauptsache auf die „Körperlichkeit" stützen. Hierbei ergab sich, daß im allgemeinen ein körperlicher Gegenstand im Sinne des § 90 vorhanden ist, wenn wir es mit einem räumlich abgegrenzten, sinnlich wahrnehmbaren, für sich bestehenden und dem Rechtsverkehr zugänglichen Gegenstand zu tun haben, der einen Raum ausfüllt. Weiterhin wurde festgestellt, daß bei der Auslegung des § 90 häufig die Verkehrsanschauung zu Rate gezogen werden mußte, da eine atomistische, rein formale Deutung des Körperlichen zu praktisch unmöglichen Ergebnissen geführt hätte. Bei der Einordnung der „Mengesachen" zeigte sich, daß der wirtschaftlichen Einheit Rechnung getragen werden mußte. Auch bei den zusammengesetzten Sachen waren in manchen Zweifelsfällen wirtschaftliche Gesichtspunkte für die Beurteilung, ob eine einheitliche Sache vorliege, mitbestimmend. Das zeigt bereits, daß der Sachbegriff in einigen Fällen nicht lediglich durch die Körperlichkeit bestimmt werden kann. Dieser Gedanke fand seine Bestätigung bei der Frage nach einer analogen Anwendbarkeit des Sachbegriffs auf die Elektrizität. Es erschien uns gerechtfertigt, auch bei solchen Verkehrsgütern von Sachen zu sprechen, die ähnlich wie körperliche Gegenstände hinreichend bestimmbar und beherrschbar und damit dem Rechtsverkehr zugänglich sind. Diese Erwägungen legen uns die Frage nahe, ob es noch andere wirtschaftliche Einheiten mit den gleichen Eigenschaften gibt, auf welche dann ebenfalls der Sachbegriff entsprechend angewendet werden kann. Die folgenden Kapitel versuchen hierauf eine Antwort zu erteilen.

II. Die Erweiterung des Sachbegriffs

A. Die Ausdehnung des Sachbegriffs auf den Sachinbegriff.

Im Anschluß an die soeben angestellten Betrachtungen soll nunmehr der Versuch unternommen werden, festzustellen, ob sich der Sachbegriff des BGB. auf solche wirtschaftliche Einheiten ausdehnen läßt, die das BGB. nicht als Sache anerkannt hat. Erblickt man die hauptsächliche Bedeutung der Sache darin, daß sie als einheitliches Verkehrsgut bewertet wird, und daß sie als solches geeignet ist, einen Gegenstand sachenrechtlicher Herrschaft zu bilden, so kommt es auf den Nachweis an, daß diese Eigenschaften auch bei solchen wirtschaftlichen Einheiten vorliegen, welche nicht einen körperlichen Gegenstand darstellen. Gelingt dieser Nachweis, so dürfte wohl die Bezeichnung solcher Einheiten als „Sachen i. w. S." gerechtfertigt sein.

Als erstes Objekt einer solchen Untersuchung scheint der „Sachinbegriff" oder die „Sachgesamtheit" geeignet, wovon das BGB. in den §§ 92 Abs. 2 und 1035 spricht. Im allgemeinen versteht man hierunter eine Mehrheit von Sachen, welche durch ihre gemeinsame Zweckverbundenheit als eine Einheit erscheinen und meist unter einem Sammelnamen zusammengefaßt werden. Dieser Inbegriff stellt sich als etwas dar, was von der Summe der Einzelstücke verschieden ist. Der gemeinsame Zweck, dem die Einzelstücke dienen, wird durch das Angepaßtsein und das Zusammenwirken dieser bedingt und gibt der Summe der Elemente einen Sonderwert, welcher sich in dem Inbegriff verkörpert. Wie die in den §§ 92, Abs. 2 und 588, Abs. 2, S. 2 genannten Beispiele, das Warenlager und das Gutsinventar, zeigen, können auch ungleichartige Sachen eine Sachgesamtheit bilden.

Wir beschäftigen uns hier vornehmlich mit der Frage, welche rechtliche Bedeutung diesem Inbegriff zukommt. Es handelt sich um die Feststellung, ob er ein Gegenstand sachenrechtlicher Herrschaft ist, und somit als Sache i. w. S. in Betracht kommt. Die Mehrzahl der Schriftsteller [1]) glaubt, der Sachgesamtheit mehr die Bedeutung einer wirtschaftlichen als einer rechtlichen Einheit beimessen zu können; sie lehnt diese Gesamtheit als Gegenstand von Sachenrechten ab. Sie gelangt zu dieser Auffassung dadurch, daß sie nur Sachen i. S. des § 90, ausnahmsweise auch Rechte, als Objekte dinglicher Rechte betrachtet. Daß die Sachgesamtheit nicht Sache in diesem Sinne ist, muß freilich zugegeben werden, da in den §§ 92 und 1035 BGB. Sache und Sachinbegriff gegenübergestellt werden. Als Beispiel dafür, daß das BGB. die wirtschaftliche Einheit nicht auch als rechtliche Einheit anerkennt, beruft man [2]) sich auf die Behandlung des Zu-

1) Staudinger und die dort zit. Komm., I. Bd.; Vorbem. 12 zu §9 0, S. 403.
2) Staudinger, a. a. O.

behörs; dieses bilde zwar mit der Hauptsache wirtschaftlich eine Einheit, sei aber nicht e i n e Sache mit dieser und könne Gegenstand besonderer dinglicher Rechte sein. Man kann jedoch eine gewisse Abhängigkeit des Zubehörs von dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache nicht leugnen. Aus dieser Auffassung folgt, daß kein Eigentum oder Pfandrecht an der Sachgesamtheit als solcher bestehen kann. Auch das Reichsgericht [3]) vertritt diese Ansicht; bei der Frage nach der Gültigkeit einer Sicherungsübereignung „an sämtlichen in einem Raume befindlichen Waren eines Warenlagers und an den später hinzukommenden, neu angeschafften Sachen" [4]) hat es jedoch diese Auffassung nicht beibehalten. Staudinger [5]) bemerkt, daß diese Entscheidungen des Reichsgerichts mit dem BGB unvereinbar seien, dessen Grundsätze über die Rechtsnatur der Sachgesamtheit das Reichsgericht sonst streng befolgt habe. Staudinger meint, diese Entscheidungen könnten sich nur auf ein Gewohnheitsrecht stützen. Das Reichsgericht hat also bei der Sicherungsübereignung den Sachbegriff als rechtliche Einheit anerkannt.

Entgegen der h. M. fehlt es nicht an Vertretern [6]), die den Sachinbegriff als Sachenrechtsobjekt anerkennen. So bemüht sich Fuchs um den Nachweis, daß das BGB. diesen Standpunkt innehat. Nach ihm bezieht sich der Nießbrauch in § 1035 auf den Inbegriff als solchen; „Nießbrauch an einem Sachinbegriff" bedeute nicht nur eine Sprachvereinfachung; die Form der Einzelbestellung in § 1035 stehe dem nicht entgegen. Vor allem lehnt er die Auffassung ab, daß das BGB. die wirtschaftliche Einheit des Zubehörs gesetzlich nicht anerkannt habe. Mit Recht verweist Fuchs auf die §§ 926, 1031, 1062, 1096 und 1120, in dem das Zubehör dinglich dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache unterstellt und nicht nach Fahrnis-, sondern nach Liegenschaftsrecht, wie die Hauptsache, übertragen, ebenso vom Nießbrauch, vom Vorkaufsrecht und von der Hypothek miterfaßt wird. Man muß Fuchs durchaus zustimmen, wenn er weiterhin auf die §§ 588 und 1048 weisend, ausführt: „Wäre der Inbegriff nur eine zusammenfassende Vokabel, wie könnte ein vom Pächter oder Nießbraucher angeschafftes Ersatzstück durch bloße Einverleibung in ein Inventar Eigentum desjenigen werden, dem das Inventar gehört! Teilt das Ersatzstück durch Einstellung in das Inventar das rechtliche Schicksal des Gesamtinventars, so kann das Gesamtinventar nur als Einheitssache gedacht werden. Alsdann aber hat der Inbegriff nicht eine bloß terminologische, sondern eine materiell-rechtliche Bedeutung, ..."

Mag man sich nun der Ansicht von Fuchs über die Rechtsnatur des Sachinbegriffs in § 1035 BGB. anschließen oder nicht, jedenfalls ist festzustellen, daß das BGB. auf keinen Fall den Sachinbegriff als volles einheitliches Rechtsobjekt anerkannt hat, sonst hätte es, wie bei den anderen einheitlichen Sachenrechtsobjekten, die Bestellung des Nießbrauchs und die

---

3) RGR. Kommentar, Allg. Teil, § 90, 1, S. 156.
4) RG. JW. 1912, S. 144, Nr. 21.
5) Komm. I. Bd., Vorbem. 13 zu § 90, β.
6) Er. Fuchs, Gruch. Beitr. 46, S. 550 ff. Gierke, D. R. P. II, S. 52. Sokolowski, Philos. I, S. 385. Warn. Komm. I, § 90, S. 119.

Übereignung eines Sachinbegriffs durch einen einzigen Akt zugelassen, was aber nicht der Fall ist. Man wird daher die Auffassung des BGB. so charakterisieren müssen, daß es in dem Sachinbegriff eine gewisse, aber keineswegs volle Rechtseinheit erblickt.

Einer der eifrigsten Verfechter der Ansicht, daß auch Sachinbegriffe als einheitliche Rechtsobjekte in Betracht kommen, ist O. v. Gierke. Er verwendet für derartige Inbegriffe den Ausdruck „Gesamtsache" [7]). Er findet diesen Begriff bereits im germanischen Recht stark ausgeprägt. „Gewisse Inbegriffe körperlicher Gegenstände galten dort als rechtliche Einheiten und waren als solche besonderen Rechtsschicksalen unterworfen." Nach seiner Ansicht konnte auch das römische Recht diese Auffassung des germanischen Rechts nicht beseitigen; „ja, diese deutsch-rechtlichen Gedanken vermochten sogar die im corpus iuris vorhandenen Ansätze zu der bekannten Lehre von der universitas rerum weiterzuentwickeln, welche ihrerseits zu der Unterscheidung der universitas facti und der universitas iuris führte; letztere bezog sich auf Inbegriffe von Rechten, während erstere körperliche Gegenstände zusammenfaßte." Gierke [8]) weist ferner auf das preußische ALR., das österr. und sächs. Gb. hin, welche den Begriff der Gesamtsache enthielten. Er zeigt dann weiter, wie allmählich, besonders im 19. Jahrhundert, die „Gesamtsache" immer mehr bekämpft wurde und man schließlich nur noch Einzelsachen als Rechtsobjekte gelten ließ. Nach Gierke haben sich „diese lebensvollen Gebilde" jedoch im Leben siegreich behauptet und obgleich das BGB. den Begriff der Gesamtsache nicht ausdrücklich anerkennt, so verschließt es sich einer weiteren Ausgestaltung dieses Begriffes nicht. Gierke unterscheidet zwischen zwei Arten von Gesamtsachen, von denen die einen nur körperliche, die anderen auch unkörperliche Sachen enthalten könnten.

Uns interessiert in diesem Zusammenhang zunächst die Gesamtsache, die körperliche Gegenstände zusammenfaßt, welche Gierke ebenfalls als körperliche Gesamtsache ansieht. Er wendet sich gegen die Meinung, welche hierin eine Fiktion erblickt. Zwar beruht, wie er richtig sagt, dieser Begriff auf Abstraktion, doch sei das Substrat dieser Abstraktion ebenso real, wie jedes andere körperliche Stück der Außenwelt. So kommt Gierke schließlich zu dem Ergebnis, daß diese Gesamtsache ebensogut wie jede andere Einzelsache als Sache i. S. des BGB. angesehen werden kann. Diese Gesamtsache bezeichnet nach Gierke das BGB. als Sachinbegriff [9]). Auch er faßt den Begriff der Sachgesamtheit so, wie wir ihn oben bestimmt haben. Eine einheitliche Bezeichnung der Sachmehrheit genügt nicht, auch wird der gemeinschaftliche Zweck nach seiner Auffassung nicht subjektiv, sondern objektiv bestimmt, und zwar in der Hauptsache von der Verkehrsauffassung. So sind Gesamtsachen Inbegriffe individuell bestimmter Einzelsachen, die sich in ihrer Verbindung miteinander zu einem für einen spezifi-

7) O. v. Gierke, D. P. R., II. Bd., § 104, S. 49.
8) D. P. R. II, S. 49 ff. § 104.
9) D. P. R. II, S. 52.

schen Gebrauchszweck geeigneten Gegenstand ergänzen. Aus dieser Ansicht ergibt sich die Folgerung, daß die Gesamtsache ein einheitliches Rechtsobjekt ist. Da dieses Rechtsobjekt von der Summe der ihr unterstellten Einzelobjekte verschieden ist, so ist sie in ihrem Bestand auch von dem Wechsel der Einzelstücke unabhängig. Die Gesamtsachen wie die Einzelsachen, die zu ihr gehören, können ferner Gegenstand gesonderter Rechte sein. Da die Gesamtsache nach Gierke auch als Sache i. S. des BGB. geeignet erscheint, so hält er sie für fähig, Objekt des Eigentums, des Nießbrauchs und des Pfandrechts zu sein. Folgerichtig ist es dann, wenn Gierke Besitz an der Gesamtsache als möglich ansieht, wie es das preußische ALR.[10]), das österr. BGB.[11]) und das sächsische BGB.[12]) ebenfalls tun. Daß Besitz an ihr auch nach BGB. durchaus möglich sei, gehe daraus hervor, daß im BGB. bei einer Einzelsache der Besitz am Ganzen von dem Besitz an Bestandteilen unterschieden werde. Aus der Gierke'schen Ansicht folgt ferner, daß über die Gesamtsache einheitlich verfügt werden kann. Dies hat insofern große praktische Bedeutung, als sich der Wille der Parteien nicht auf jedes Einzelstück, sondern nur auf die Gesamtheit zu beziehen braucht. Alle Einzelstücke werden so von der Einigung mitergriffen, ohne daß die Parteien sich des Einzelstücks bewußt zu sein brauchen. Dieser Gesichtspunkt erscheint als ein der wichtigsten Auswirkungen der Behandlung der Gesamtsache als einheitliches Rechtsobjekt, da er sicherlich eine erhebliche Erleichterung für den Rechtsverkehr bedeutet; auch dürfte so der Art und Weise Rechnung getragen sein, wie im alltäglichen Rechtsverkehr die Bestellung und Übertragung dinglicher Rechte an Sachgesamtheiten gehandhabt wird. Vielfach wird bei der rechtsgeschäftlichen Übernahme eines Sachinbegriffs nicht einmal die Feststellung getroffen, welche und wieviel Einzelstücke zu ihr gehören. Meist verschafft man sich lediglich einen ungefähren Überblick über den Bestand der einzelnen Sachen, um einen ausreichenden Anhaltspunkt, insbesondere für die Wertabschätzung und Preisbildung zu gewinnen. In zahlreichen Fällen würde die Einzelfeststellung der Bestandteile nur mit sehr großer Mühe oder fast garnicht möglich sein. Daher bezieht sich in der Praxis der Wille und das Bewußtsein der Parteien bei der Einigung sowohl über das schuld- als auch über das sachenrechtliche Geschäft auf den Inbegriff als solchen. Häufig dient hierfür als Unterlage eine schriftliche Inventaraufstellung; da es sich bei den Bestandteilen des Inbegriffs vielleicht in den meisten Fällen um vertretbare Sachen handelt, bezieht sich die Einigung regelmäßig auf eine bestimmte Anzahl der Einzelstücke. Es kann im Verkehrsleben schwerlich davon die Rede sein, daß sich das dingliche Geschäft bei der Übernahme einer Sachgesamtheit auf individuell bestimmte Einzelstücke bezieht, wie es nach den Grundsätzen des BGB. der Fall sein müßte. Gegen die Handhabung des Verkehrs sprechen kaum praktische Bedenken.

---

10) I, 2 § 32.
11) § 302.
12) § 62.

Jedenfalls erscheint es zweckmäßig, wenn in dieser Hinsicht die rechtliche Behandlung des Inbegriffs der tatsächlichen Auffassung des Verkehrs dieser als einheitliches Rechtsobjekt entspricht, was sich aus der Sacheigenschaft des Inbegriffs ergibt. Auch Oertmann [13]), der abweichend von Gierke in dem Sachbegriff keine körperliche, vielmehr eine wirtschaftliche oder kulturelle Einheit erblickt und sich zunächst an den Schwierigkeiten stößt, welche sich aus dem Nebeneinanderbestehen eines etwaigen Sonderrechts am Inbegriff und den Rechten an den Einzelstücken ergeben, verschließt sich keineswegs einer Behandlung des Inbegriffs als einheitliches Rechtsobjekt. So hält er einen einheitlichen Erwerbsvorgang für denkbar und weist hierbei auf die im Erbrecht des BGB. anerkannte Gesamtnachfolge hin, die ihren Grund in dem Eintritt des Erben in die Gesamtrechtsstellung des Erblassers finde. Er meint, wenn dort ein einheitlicher Erwerb um dieses subjektiven Zusammenhangs willen gerechtfertigt sei, so ständen erst recht keine rechtspolitischen Bedenken entgegen, wenn es sich um einen einheitlichen Erwerb von Sachen handele, welche objektiv i. S. der Wirtschaft eine höhere Einheit darstellten. Treffend bemerkt er weiter, daß kein besonderer innerer Anlaß vorliege, einen derartigen einheitlichen Erwerb nur für den Todesfall zuzulassen. Ferner weist er auf die berechtigte Kritik hin, welche die Notwendigkeit der Einzelbestellung eines Nießbrauchs an einem Vermögen erfahren habe, bei dem es sich nur um ganze Vermögensmassen ohne notwendige Einheitlichkeit handele, während bei der Sachgesamtheit eine solche und zwar wirtschaftliche Einheit vorhanden sei.

Das BGB. kennt aber auch die einheitliche Übertragung ganzer Vermögensmassen durch Verfügungen unter Lebenden. So kann z. B. der Erbe den ihm zustehenden Anspruch aus § 2018 BGB. abtreten, worin eine Verfügung über einen ganzen Vermögenskomplex liegt. Weiterhin kann gemäß § 2033 der Miterbe über seinen Anteil am Nachlaß verfügen. Auch dem Nacherben ist gestattet, sein Antwartschaftsrecht dinglich zu veräußern [14]). Eine weitere Übertragung eines ganzen Vermögens durch Gesamtrechtnachfolge kennen das Aktiengesetz vom 30. 1. 37 (§§ 234 ff.) bei der Fusion von Aktiengesellschaften, sowie das Gesetz betr. die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personalgesellschaften oder Einzelunternehmungen vom 5. 7. 1934. Erkennt das Privatrecht derartige einheitliche Verfügungen über ganze Vermögensmassen an, so dürfte erst recht eine einheitliche Verfügung über einen Sachinbegriff anzuerkennen sein.

Wenn das BGB. diese Folgerungen noch nicht gezogen hat, so hat doch der Gedanke einer einheitlichen Verfügung über eine Sachgesamtheit bereits seine gesetzliche Verwirklichung gefunden. Es handelt sich um das Gesetz betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter vom 9. 7. 1926. Gemäß § 1 dieses Gesetzes kann unter bestimmten Voraussetzungen an dem Inventar eines landwirtschaftlichen Grundstücks ein besitzloses Pfandrecht zur Sicherung von Darlehnsforderun-

13) in Arch. Ziv. Prax. 136, S. 96 ff.
14) RG. 101, 187.

gen bestellt werden. Im Gegensatz zu § 590 BGB., wo sich das Pfandrecht auf „Inventarstücke" bezieht, ist in § 1 dieses Gesetzes das „Inventar" Gegenstand des Pfandrechts. § 3 dieses Gesetzes betont besonders, daß sich das Pfandrecht auf das gesamte Inventar erstreckt, und unterscheidet zwischen dem Gesamtinventar und den einzelnen Inventarstücken. In diesem Gesetz ist einer fortschreitenden Rechtsentwicklung durch die Anerkennung einer „Gesamtsache" als dingliches Rechtsobjekt praktisch Rechnung getragen worden.

Ein weiteres Bestreben in dieser Richtung beweist ein im Jahr 1926 veröffentlichter Gesetzentwurf [15]), welcher ein besitzloses Registerpfandrecht an Sachgesamtheiten vorsah, welche zu einem gewerblichen Betriebsvermögen gehören. Dieser nach ausländischem Vorbild geschaffene Entwurf ist jedoch nicht zur Ausführung gelangt. Immerhin ist er ein Zeichen dafür, daß im gewerblichen Leben ein Bedürfnis nach Vereinfachung der Kreditbeschaffung besteht, welche dem Schuldner durch Besitzbelassung des Pfandobjekts die Aufrechterhaltung seines Gewerbebetriebes ermöglicht und zugleich einen ausreichenden Gläubigerschutz bietet. Aus dem Wortlaut des § 3, Abs. 1 Satz 1 und 2 des Pächter-Kred.-Besch.-Gesetzes ergibt sich insbesondere, daß sich die Einigung des dinglichen Vertrages auf die Gesamtheit als solche erstrecken kann und daß sie sich nicht auf die individuell bestimmten Einzelstücke zu beziehen braucht. Letzteres wird nur dann verlangt, wenn besonders gekennzeichnete Einzelstücke von dem das gesamte Inventar erfassenden Pfandrecht ausgeschlossen sein sollen. Auch der Grundsatz der dinglichen Surrogation findet in diesem Gesetz Anerkennung, da sich das Pfandrecht auf die später neu angeschafften, in die Gesamtheit eingebrachten Stücke erstreckt, ohne daß es hierzu eines erneuten Vertrages bedarf (§ 3, Abs. 2, S. 1); es ist nur eine besondere Abrede erforderlich, wenn neu angeschaffte Stücke nicht von dem Pfandrecht miterfaßt werden sollen.

Als Folge der Eigenschaft der Inventarstücke als Bestandteile des Inventars ergibt sich nach § 3, daß das Recht an der Gesamtheit sich auf die Einzelstücke miterstreckt. Befindet sich ein Inventarstück im Eigentum eines Dritten, so bezieht sich das Recht eines gutgläubigen Pfandgläubigers auch auf ein Einzelstück, das einem Dritten gehört. § 4, Abs. 2, Satz 1 trifft eine Regelung für den Fall, daß ein dem Pächter gehöriges Einzelstück mit dem Rechte eines Dritten belastet ist; auch in dieser Rechtslage bleibt das Pfandrecht des Gläubigers bei gutem Glauben unberührt. Sein Recht geht dem eines Dritten vor. Ferner bestimmt § 4, Abs. 2, Satz 2 das Rangverhältnis des Pfandgläubigers zu dem gesetzlichen Pfandrecht des Verpächters. Einen weiteren Gläubigerschutz gibt die Vorschrift des § 5, Abs. 1, die für den Zeitraum der Niederlegung des Pfandvertrages vereitelt, daß ein gutgläubiger Dritter ein von dem Pfandrecht des Kreditinstitutes freies Recht erwirbt. Das erwähnte Gesetz trägt aber auch den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Pächters Rechnung, indem es ihm gestattet, im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung über Einzelstücke unter gewissen Voraussetzungen zu verfügen. Diese Bestimmung gewährleistet eine reibungs-

15) Vgl. hierzu die Angaben bei Wolff, Sachenr. § 160, II 4.

lose Weiterführung des landwirtschaftlichen Betriebes, welche mittelbar auch dem Pfandgläubiger zugute kommt, da eine unbehinderte Bewirtschaftung den Schuldner leichter in den Stand setzt, seine Schulden zu tilgen. Schließlich wird der Pfandgläubiger gegen Beeinträchtigungen seines Rechts dadurch geschützt, daß ihm nach § 8 die Rechte eines Eigentümers hierfür zustehen.

Alle diese Einzelbestimmungen dürften bei einer zukünftigen gesetzlichen Anerkennung eines Sachinbegriffs als dingliches Rechtsobjekt Berücksichtigung finden. Weiterhin werden die Erfahrungen, welche die praktische Anwendung dieses Gesetzes gezeitigt hat, hierbei von Nutzen sein können. Beachtung verdienen auch ähnliche Regelungen früherer Gesetze, um nur an das ALR. zu erinnern, welches ebenfalls einen Sachinbegriff als dingliches Rechtsobjekt kannte. An Vorschlägen und Hinweisen für eine künftige gesetzliche Ausgestaltung in dieser Richtung fehlt es in der Wissenschaft [16]) ebenfalls nicht. Jedenfalls bestehen nach den bisherigen Ausführungen genügend Gründe, um der Frage nach der Anerkennung von Inbegriffen (von Sachen) als dingliche Rechtsobjekte, also als Gesamtsache, ernsthafte Beachtung zu schenken. Hierzu verpflichtet einerseits das frühere Recht mit seinen deutsch-rechtlichen Gedanken, welche sich in dem Begriff der Gesamtsache widerspiegeln; andererseits drängt das BGB. mit seiner unvollkommenen Behandlung des Sachinbegriffs als rechtliche Einheit zu einer Ausgestaltung der in ihm enthaltenen Ansätze. Ein Bedürfnis hiernach zeigte sich sowohl in der reichsgerichtlichen Behandlung der Sicherungsübereignung an Sachgesamtheiten, als auch in den Darlegungen namhafter Schriftsteller [17]). Auch kommt eine Neuregelung der Sachgesamtheit der tatsächlichen Verkehrsübung entgegen, welche die umständlichen Bestimmungen nicht beachtet, die das BGB. bei der Bestellung dinglicher Rechte an zu einem Inbegriff gehörigen Sachen verlangt. Schließlich bedeuten das Pächt.-Kred.-Besch.-Gesetz und der im gleichen Jahre entstandene Entwurf eines ähnlichen Gesetzes für die gewerbliche Wirtschaft einen Beweis dafür, daß die bisherige gesetzliche Behandlung des Sachinbegriffs den wirtschaftlichen Bedürfnissen nicht mehr gerecht wird. Somit erscheint die Anerkennung des Sachinbegriffs als Gesamtsache eine nicht ungerechtfertigte Forderung.

B. **Die Ausdehnung des Sachbegriffs auf das „Unternehmen".**

Die folgenden Ausführungen wenden sich der Frage zu, ob die wirtschaftliche Einheit des Unternehmens auch als rechtlich anerkannte Einheit in Betracht kommt. Dieses Problem ist bereits vielfach in Wissenschaft und Rechtsprechung erörtert worden; der bei J. v. Gierke [1]) hierüber gegebene

16) O. v. Gierke, D. R. P. II, S. 54—55. Oertmann, Arch. Ziv. Prax. 163, S. 98 ff.

17) Vgl. die bereits erwähnten, ferner A. Elster, in Handwörterbuch der RW., 5. Bd., S. 525 unter „Sachgesamtheit".

1) Handelsrecht 1. Teil, § 14, S. 96 ff.

Überblick zeigt ein vielgestaltiges Bild von der Fülle der verschiedenen Ansichten, die sich über den Begriff und den rechtlichen Charakter des Unternehmens gebildet haben. In den meisten Auffassungen macht sich des Bestreben bemerkbar, der wirtschaftlichen Einheit des Unternehmens auch in gewsser Weise rechtliche Geltung zu verschaffen, sei es, daß man das Unternehmen selber als ein einheitliches Recht ansieht, sei es, daß man es als Gegenstand eines besonderen Rechts auffaßt. Dieses in Wissenschaft und Rechtsprechung erkennbare Bestreben dürfte darauf schließen lassen, daß die bisherige gesetzliche Behandlung des Unternehmens den fortgeschrittenen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht genügend Rechnung trägt. Daß dies tatsächlich der Fall ist, ergibt sich aus den nachfolgenden Ausführungen. Da die rechtliche Struktur des Unternehmens in weitgehendem Maße ihrer wirtschaftlichen anzupassen ist, erscheint eine kurze Betrachtung des Unternehmensbegriffs von seiner wirtschaftlichen Seite aus zweckmäßig. Wir sehen hierbei, daß dieser Begriff nicht von allen Schriftstellern gleichmäßig aufgefaßt wird.

Zunächst muß zwischen dem Unternehmen im subjektiven und objektivem Sinne unterschieden werden. Wie J. v.Gierke [2]) richtig bemerkt, wird ein Gewerbetreibender als Unternehmen durch die Betriebstätigkeit charakterisiert. Das „Unternehmen", dem unsere Betrachtung gilt, wird nun von einigen Schriftstellern [3]) mit dieser subjektiven Tätigkeit gleichgesetzt, indem man das Handelsgeschäft (ein Spezialfall des Unternehmens) als die Summe oder einen Inbegriff dieser Tätigkeiten bezeichnet. Für eine rechtliche Betrachtung ist aber ein derartig aufgefaßtes Unternehmen ungeeignet, da Tätigkeiten selber etwas Vorübergehendes, juristisch Unfaßbares sind. Soll das Unternehmen, wie es das Gesetz anerkannt hat, veräußerlich sein, so fehlt ihm nach der obigen Ansicht jene Gegenständlichkeit, deren es zur Veräußerung bedarf [4]). Daher ist es zutreffend, wenn man, wie Gierke [5]), den objektiven Niederschlag der Betriebstätigkeit, den „Tätigkeitsbereich" nebst den Sachen und Rechten, welche ihm angegliedert sind, als „Unternehmen" bezeichnet. Es dürfte auch richtig sein, wenn man in dem „Tätigkeitsbereich" seinen wesentlichen Kern erblickt [6]); dieser stellt sich als eine Reihe tatsächlicher Beziehungen dar, welche das Produkt der Unternehmertätigkeit sind. Diese Beziehungen sind unkörperliche Werte, welche im einzelnen nicht konkret abzuschätzen sind, die aber einen realisierbaren Vermögenswert darstellen, ja, in manchen Fällen im Vergleich zu den angegliederten Sachen und Rechten

---

2) Handelsrecht, § 14, S. 96 ff.

3) Passow, S. 2, 41. H. Meyer ZRG. 48, 541 f (1928). M. Wolff, Festgabe, S. 120.

4) I. v. Gierke, a. a. O. § 14, I. 1. S. 98. Oppikofer, „Das Unternehmensrecht", S. 4. Schapira, „Das Unternehmen und seine Kennzeichen", S. 8. H. Fehr in Handw. der Rechtsw. 1929, 6. Bd., S. 247.

5) a. a. O. § 14, I. S. 97.

6) Karl Lehmann-Hoeniger, Lehrb. d. Handelsr. I, 1921, S. 79 entsprechend f. d. Handelsgesch. Staudinger-Boehmer, V. Bd., S. 251, Bem. 167 zu § 1922 VII, 1. J. v. Gierke, vgl. Fußnote 4.

den Hauptwert [7] des Unternehmens ausmachen. Zu ihnen zählt man in erster Linie die Verbindungen zur Kundschaft, ferner die innere Betriebsordnung, Geschäftserfahrungen und -geheimnisse, Einkaufsquellen, eine tatsächliche Monopolstellung. Alle diese „immateriellen" oder „inneren" Werte des Unternehmens gewähren Aussicht auf einen erhöhten Geschäftsgewinn, weshalb man sie auch als die „Geschäftschancen" engl. den „goodwill" bezeichnet. Es erscheint unzutreffend, das Unternehmen in der Zusammenfassung von Sachen und Rechten allein erblicken zu wollen. Das ergibt sich einmal aus dem besonderen Wert, den der Tätigkeitsbereich ausmacht; weiterhin läßt sich auch ein Unternehmen vorstellen, bei dem vorübergehend überhaupt keine Sachen und Rechte vorhanden sind; diese Gegenstände können nämlich z. B. gesondert veräußert werden, ohne daß hierdurch das Bestehen des Unternehmens gefährdet wird oder gar aufhört.. Daher meint J. v. Gierke [8]), es sei, streng genommen, richtiger, bei der Begriffsbestimmung des Unternehmens Sachen und Rechte nur nebenbei als zum Unternehmen gehörig zu bezeichnen; sie seien zwar in der Regel ebenfalls vorhanden, könnten aber gelegentlich fehlen. Auch gehört die Betriebsbelegschaft nicht zum Begriff des Unternehmens; denn es gibt Unternehmen, bei denen keine Belegschaft vorhanden ist. Ihre Beziehungen zum Unternehmen stellen sich in der Betriebsgemeinschaft als personenrechtliche Verhältnisse dar. Sie finden eine gewisse Verknüpfung mit dem Unternehmen in jenen Rechten und Pflichten, welche sich aus den zwischen Unternehmer und Arbeitnehmer bestehenden arbeitsrechtlichen Verhältnissen ergeben [9]), und welche neben dem Tätigkeitsbereich und den angegliederten Sachen und sonstigen Rechten bei ihrem Vorhandensein zum Unternehmen gehören können. So verstehen wir unter dem Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit, welche in ihrem eigentlichen Kern aus dem Tätigkeitsbereich und in den meisten Fällen außerdem aus Sachen und Rechten besteht. Die Schulden bilden hierbei einen negativen Bestandteil. Sie belasten als Forderungen oder als dinglich beschränkte Rechte das Vermögen des Unternehmers. Zu den Sachen können sowohl Grundstücke als auch bewegliche Sachen gehören; man kann sie in Verbrauchs- (die zur Veräußerung bestimmten Sachen) und Gebrauchsgegenstände (Ladeneinrichtung, Maschinen usw.) einteilen. Auf andere weniger zutreffende Begriffsbestimmungen gehen wir, soweit es notwendig erscheint, zweckmäßigerweise noch an späterer Stelle ein. Die von uns als richtig befundene Begriffsbestimmung des Unternehmens scheint uns als Grundlage einer rechtlichen Beurteilung desselben geeignet zu sein.

Bei dem Versuch einer rechtlichen Charakterisierung des Unternehmens beschränken wir uns zunächst auf die rechtliche Einordnung des Tätigkeitsbereichs. Bereits oben wurde festgestellt, daß dieser als Kern des Unternehmens anzusehen ist. Wenn J. v. Gierke erklärt, es sei genauer, wenn man den Tätigkeitsbereich allein in den Begriff des Unternehmens hineinbringe

7) Domke, „Veräuß. v. Handelsgesch.", S. 18.
8) a. a. O. § 14, S. 98 oben.
9) Vgl. hierzu näher Schapira, S. 16 IV.

und die meist angegliederten Sachen und Rechte nur als mitvorhanden erwähne, so erscheint das zutreffend. Demzufolge darf man wohl den Tätigkeitsbereich als „Unternehmen im engeren Sinne[10]) und die Summe aller Unternehmenswerte, die sich aus dem Tätigkeitsbereich und den dazu gehörigen Sachen und Rechten zusammensetzt, als „Unternehmen im weiteren Sinne" bezeichnen. Letzteres bildet das gesamte Sondervermögen des Unternehmers. Daß diejenigen Werte, die bereits Rechtsform angenommen haben, also Sachen und Rechte, Teile eines Sondervermögens sein können, bedarf keiner besonderen Erwähnung. Wie aber steht es mit dem Tätigkeitsbereich? Diese Frage wird heute fast allgemein bejaht[11]). Wenn auch nach den Grundsätzen des geltenden Rechts der Tätigkeitsbereich nicht in die Begriffe der anerkannten Rechtsobjekte eingereiht werden kann, so wird man dennoch nicht leugnen können, daß sie realisierbare Vermögenswerte darstellen, welche in manchen Fällen den Hauptwert des Unternehmervermögens bedeuten. Bei der Veräußerung eines Unternehmens dürfte diese Tatsache besonders deutlich in Erscheinung treten. Außer der Abschätzbarkeit in Geld besitzt der Tätigkeitsbereich noch andere Eigenschaften, die ihn zum Rechtsobjekt geeignet machen. Die tatsächlichen Beziehungen, wie die Verbindungen zur Kundschaft, günstige Einkaufsquellen, Reklamemethoden, geheime Herstellungsverfahren, eine besondere innere Geschäftsorganisation und eine tatsächliche Monopolstellung können auch Gegenstand eines besitzähnlichen Verhältnisses sein[12]). Das zeigt sich wiederum besonders bei der Veräußerung eines Unternehmens. Hier erfolgt eine Übertragung all jener Beziehungen auf den Erwerber, was auf mannigfaltige Art und Weise geschehen kann. Vielfach ist der Veräußerer noch eine zeitlang nach der Veräußerung des Unternehmens in diesem tätig, um den Erwerber mit den tatsächlichen Beziehungen vertraut zu machen. Der Veräußerer macht hierbei den neuen Unternehmer mit der Kundschaft bekannt. Es ist ein häufiger Handelsbrauch, daß die Übernahme eines Geschäfts in der Zeitung veröffentlicht wird, wobei gleichzeitig eine Empfehlung des Übernehmers durch den alten Unternehmer erfolgt. Die tatsächliche Übertragbarkeit des Unternehmens i. e. S. ermöglicht es auch, daß beim Tode des Unternehmers die Erben sein Geschäft übernehmen und fortführen können[13]). Nach der Auffassung Binders[14]), der das Unternehmen i. e. S. als unübertragbaren immateriellen Wert ansieht, ist dieses unvererblich. Aber gegen die Auffassung der Unübertragbarkeit eines Unternehmens spricht § 22 HGB., wo von dem Erwerb eines Handelsgeschäftes von Todes wegen gesprochen wird. Wie soll aber ein Handelsgeschäft ohne Übernahme des Tätigkeitsbereichs weitergeführt werden? Der Erwerb des Handelsgeschäftes bezöge sich dann nur

---

10) Staudinger-Boehmer, Erbrecht, Bd. V; Bem. 167 zu § 1922, VII, 1.

11) Vgl. Fußnote 10, und J. v. Gierke, a. a. O. § 14, II, S. 101.

12) Vgl. hierzu und zu dem folgenden ebenfalls J. v. Gierke, a. a. O. § 14, S. 101 ff.

13) Staudinger-Boehmer, Erbrecht, a. a. O.

14) Rechtsstellung des Erben I, 31 ff.

auf die vorhandenen Sachen und Rechte. Diese Gegenstände können jedoch auch einzeln oder im ganzen veräußert werden, ohne daß hierdurch gleichzeitig das Handelsgeschäft mitveräußert zu werden braucht. Erhebliche Vermögenswerte gingen nach der Binder'schen Auffassung den Erben verloren. Auch kann man bei einer ausschließlichen Übertragung von Sachen und Rechten nicht mehr von einer Fortführung eines bestimmten Typus von Unternehmen sprechen. Sieht man sich daher gezwungen, das Unternehmen für tatsächlich übertragbar zu erklären, so muß man auch zu dem weiteren Schluß kommen, daß das Unternehmen Gegenstand von Verfügungen sein kann, was ja bereits vielfach anerkannt ist.

Hält man das Unternehmen i. e. S. für einen übertragbaren Vermögenswert, so steht einer Billigung der von J. v. Gierke[15]) vertretenen Ansicht nichts entgegen; dieser faßt das Unternehmen i. e. S. als eine unkörperliche Sache auf, auf welche die Vorschriften über bewegliche Sachen entsprechend angewendet werden können, da bei ihm ähnliche Voraussetzungen vorliegen, die die bewegliche Sache zum Rechtsobjekt geeignet machen. Hieraus folgt, daß Besitz und Eigentum an dem Unternehmen anzuerkennen sind. Die Übereignung des Unternehmens vollzieht sich nach § 929 BGB. durch Einigung und Übergabe. Auch da, wo das BGB., das HGB. und andere Gesetze von einem Unternehmen sprechen, finden wir unsere Auffassung von der Übertragbarkeit des Unternehmens bestätigt. In den §§ 112, 1367, 1405, 1414, 1427, 1452, 1462, 1524, 1533, 1537, 1645, 1651, 1655, 1822, Ziff. 3, 1823, 1825, 1827 und 1841 II. BGB. ist für das „Unternehmen" der Ausdruck „Erwerbsgeschäft" verwendet. Es wird dort von dem Betrieb oder Betreiben eines Erwerbsgeschäftes gesprochen. Hierunter ist zunächst eine gewerbliche Tätigkeit zu verstehen. Wenn nun Erwerbsgeschäfte veräußerlich sind, worüber kein Zweifel herrschen kann, so kommt als Gegenstand der Veräußerung nicht die Tätigkeit, sondern das Produkt dieser Tätigkeit in Betracht. Das aber sind die tatsächlichen Beziehungen oder das Unternehmen i. e. S. Bei richtiger Deutung der §§ 22 und 27 HGB. finden wir auch dort eine Bestätigung unserer Ansicht. Ferner können wir uns auf die §§ 1822, 1823, 1825, 1827 und 1841 BGB. stützen, in welchen die Veräußerlichkeit eines Erwerbsgeschäftes Anerkennung findet. § 22 HGB. spricht von Nießbrauch, Pfandrecht und ähnlichen Rechten, deren Gegenstand ein Handelsgeschäft bildet. Ferner erwähnt § 134 KO. ebenfalls die Veräußerung eines „Geschäftes". Schließlich ist in § 151, II VVG. von der „Veräußerung eines Unternehmens" und von einem Nießbrauch, einer Pacht und ähnlichen Rechtsverhältnissen, die sich auf das Unternehmen beziehen, die Rede. Wollte man unter Unternehmen, Geschäft oder Erwerbsgeschäft nur Sachen und Rechte verstehen, so würden erhebliche Vermögenswerte dem Rechtsverkehr unzugänglich bleiben. Ist so das Unternehmen durch zahlreiche Gesetzesstellen als verkehrsfähiger Vermögenswert anerkannt, so dürfte kein besonderer Grund vorliegen, das Unternehmen i. e. S. als Sache

---

15) a. a. O. § 14, S. 100.

zu bezeichnen und nach den Gundsätzen der Vorschriften, welche für bewegliche Sachen gelten, zu behandeln.

Nach richtiger Ansicht faßt man [16]) das Unternehmen i. w. S., also das Unternehmen i. e. S. nebst Sachen und Rechten, als ein Sondervermögen auf, worunter eine Vielheit von Vermögensgegenständen zu verstehen ist, welche sich durch eine gemeinsame Zweckbestimmung und eine gewisse rechtliche Sonderbehandlung von dem gesamten Vermögen unterscheidet. Faßt man das Sondervermögen so auf, so möchte die Frage auftauchen, ob das Unternehmen i. e. S. noch ein Sondervermögen bleibt, wenn wir es als ein einziges Rechtsgut ansehen [17]). Hierzu ist zu bemerken, daß man, wie Gierke [18]), das Unternehmen i. e. S. bereits selber als eine Art von Sondervermögen auffassen kann, wenn man sich nämlich den Tätigkeitsbereich als einen Inbegriff unkörperlicher Einzelwerte vorstellt. In Anbetracht dessen, daß wir ebenfalls, wie Gierke, den Tätigkeitsbereich als e i n e Sache ansahen, scheint mir jedoch dieser Gedanke nicht ganz folgerichtig zu sein. Deshalb ist es wohl zutreffender, wenn man das für sich allein bestehende Unternehmen i. e. S. als ein „zusammengeschrumpftes Sondervermögen" [19]) auffaßt, welches jederzeit die Möglichkeit in sich birgt, sich wieder zu einem vollen Sondervermögen zu entfalten.

Die Anerkennung des Unternehmens i. e. S. als Sache hat nicht nur sachenrechtliche Bedeutung; sie spielt auch eine Rolle bei der Frage des Unternehmensschutzes, und zwar bei der Frage der Anwendbarkeit des § 823, I BGB. Wie wir bei einem Vergleich unserer Ansicht mit anderen Auffassungen über das Unternehmen sehen werden, ergibt sich bei der Anerkennung des Unternehmens als Sache eine einheitliche Behandlung desselben im Sachenrecht, wie auch auf anderen Rechtsgebieten.

Gewisse Ansätze zu einer einheitlichen rechtlichen Behandlung zeigen sich auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, welches sich besonders mit der Frage des Unternehmensschutzes gemäß §§ 823, Abs. 1 und 1004 BGB. beschäftigt hat. Zu einer einheitlichen Auffassung hat sich das Reichsgericht jedoch nicht durchgerungen. Einerseits erblickt es in dem Unternehmen ein Sondervermögen [20]), welches aus Sachen und Rechten besteht; den Tätigkeitsbereich erwähnt es nur nebenbei, während es nicht leugnen kann, daß die Chancen manchmal den Hauptwert des Geschäftes ausmachen [21]), und dasselbe sogar überdauern können [22]). Nach ihm kann das Unternehmen ein einheitlicher Gegenstand von Verpflichtungsgeschäften

16) Staudinger-Boehmer a. a. O. Bem. 167 zu § 1922, S. 251 VII, 1. J. v. Gierke, a. a. O., § 14, S. 101 f; ähnlich auch Schapira u. die dort zitiert. a. a. O., S. 38; ferner O. v. Gierke, D. P. R. II, § 104, S. 57; ohne Erwähnung des Tätigkeitsbereichs vgl. auch Domke, „Die Veräuß. v. Handelsgesch.", S. 26.
17) Gierke, a. a. O § 14, S. 102.
18) Vgl. Fußnote 17.
19) a. a. O. § 14, S. 103.
20) RG. 68, 15; RG. 70, 20 ff; RG. 70, 228 ff.
21) RG. 63, 57.
22) RG. 110, 422.

sein [23]). Es gewährt bei Mängeln der Betriebs- und der Ertragsfähigkeit [24]) die Ansprüche, die dem Käufer wegen Sachmängel zustehen; ferner läßt es nach den Regeln des Sachkaufs den Veräußerer für den Bestand des Geschäftsvermögens haften [25]). Andererseits betrachtet es bei der Anwendung der §§ 823, I und 1004 das Unternehmen als ein subjektives Recht [26]), ohne dasselbe näher zu charakterisieren. In manchen Entscheidungen spricht es bestimmter von der Verletzung eines Persönlichkeitsrechts [27]), welche dann angenommen wird, wenn der verkörperte Wille einer freien Fortführung des „eingerichteten und ausgeübten Gewerbetriebs" behindert wird.

Auch redet es von einem Immaterialrechtsgut [28]). Dagegen lehnt das Reichsgericht in anderen Fragen eine einheitliche rechtliche Behandlung des Unternehmens ab; nach seiner Auffassung kann es nicht Gegenstand einer Verfügung, z. B. eines Pfandrechts oder auch einer Zwangsvollstreckung sein [29]).

Die Anwendung des Sachmängelrechts kann jedoch bereits als ein Schritt in der Richtung angesehen werden, das Unternehmen dem Sachbegriff zu unterstellen; ein weiterer Schritt auf diesem Wege bedeutet die Anwendung des § 1004 BGB., um das Unternehmen wie eine Sache gegen Beeinträchtigungen durch Dritte zu schützen.

Könnte sich das Reichsgericht dazu aufschwingen, das Unternehmen analog wie eine Sache zu behandeln, so wäre es nicht genötigt, von „quasinegatorischen Ansprüchen" und von unbestimmten „subjektiven Rechten" zu sprechen.

Besonders widerspruchsvoll erscheint die reichsgerichtliche Auffassung, wenn sie sich einerseits bei dem Schutze des Unternehmens bemüht, das Unternehmen als einheitliches Recht oder Rechtsgut aufzufassen, andererseits sich bei sachenrechtlichen Fragen der Anerkennung eines einheitlichen Rechts oder Rechtsgutes verschließt. Bei einer den wirtschaftlichen Bedürfnissen gerechter werdenden Berücksichtigung des Tätigkeitsbereichs würde das Reichsgericht zu einer ungezwungeneren und einheitlicheren Auffassung gelangen können. Abwegig ist vor allem die Ansicht des RG. über die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts [30]). Ein solches Recht müßte die Unübertragbarkeit des Unternehmens zur Folge haben, da diese Rechte nach allgemeiner Ansicht unveräußerlich sind. Ferner sind die Persönlichkeitsrechte sozusagen einem Rechtssubjekt angeboren. Im Gegensatz zu anderen

---

23) RG. 70, 236 ff; 98, 292.
24) RG. 69, 57; 67, 86.
25) RG. 98, 292.
26) siehe die Entsch. im RGR. Kommentar (1939), II. Bd. zu § 823, Nr. 9, S. 727 und III. Bd. zu § 1004, Nr. 7, S. 367.
27) RG. 109, 53; RG. 126, 96; RG. 135, 395.
28) RG. 98, 291.
29) RG. 70, 232; 68, 49; 70, 226 ff.; 95, 237.
30) Weitere Vertret. dies. Lehre bei Müller-Erzb. (Handelsr. 1928), Kap. 18, S. 76.

Rechten beziehen sie sich nicht auf ein Rechtsgut, das außerhalb der Persönlichkeit ein eigenes Dasein führt. Das Unternehmen ist aber eine von dem Rechtssubjekt getrennte selbständige wirtschaftliche Einheit, deren Werte erst von dem Rechtssubjekt geschaffen werden. Dementsprechend kann auch ein Recht an ihm kein angeborenes, sondern nur ein später erworbenes sein. Außerdem gibt es nach der h. M. kein allgemein geschütztes Persönlichkeitsrecht; der Schutz der Persönlichkeit findet im allgemeinen nur soweit rechtlich Berücksichtigung, als bestimmte Gesetzesvorschriften hierfür eine Unterlage bieten.

Die Ursache für die Annahme eines Persönlichkeitsrechts dürfte wohl in einer ungenügenden Unterscheidung zwischen der Unternehmertätigkeit (Unternehmen im subjektiven Sinne) und dem objektiven Niederschlag derselben (Untern. i. objekt. Sinne) zu finden sein. Außerdem gerät das Reichsgericht bei der Frage, wann eine störende Handlung widerrechtlich ist, in Schwierigkeiten. Wie will man die Beeinträchtigung eines Unternehmens als rechtswidrig bezeichnen, wenn diese eine Auswirkung eines anderen Persönlichkeitsrechts auf ungehinderte Betätigung der Gewerbefreiheit ist; hier steht das Recht zu einer freien gewerblichen Betätigung gegen ein anderes gleiches Recht. Was soll nun entscheiden, welches Recht zurückzutreten hat, oder wann die eine oder andere gewerbliche Tätigkeit als widerrechtlich zu betrachten ist? Einen festen Anhaltspunkt kann man schwerlich hierfür finden.

Betrachtet man das Unternehmen als Sache, die Gegenstand des Eigentums sein kann, so ist eine Unternehmensverletzung als Beeinträchtigung des Eigentums anzusehen; es besteht dann die Möglichkeit, das Unternehmen nach § 823, I als Eigentumsverletzung zu schützen. Rechtswidrig ist dann jeder Eingriff, der nicht durch einen besonderen Rechtfertigungsgrund (Notwehr, Notstand, Selbsthilfe usw.) gesetzlich erlaubt ist. Subjektiv erfordert § 823, I eine vorsätzliche oder fahrlässige Deliktshandlung. Hierbei muß sich der Verstoß gegen ein bestimmtes Unternehmen richten, das dem Störer bekannt sein muß. Durch diese Erfordernisse sind nicht alle Beeinträchtigungen des Unternehmens, die sich aus der wirtschaftlichen Betätigung ergeben, unerlaubte Handlungen i. S. des § 823, I, was sonst zu einer Erstarrung und Lahmlegung der Wirtschaft führen müßte.

Kaum annehmbar ist es auch, wenn das Reichsgericht in der Beeinträchtigung des Unternehmens die Verletzung eines „subjektiven Rechts" erblickt, wie es das bei der Gewährung eines Unternehmensschutzes auf Grund des § 1004 BGB. tut. Es hätte sich hierbei näher darüber äußern müssen, um was für ein subjektives Recht es sich handeln, und auf welches Rechtsgut sich dasselbe erstrecken soll. Immerhin ist die reichsgerichtliche Rechtsprechung insofern beachtlich, als sie wenigstens in gewisser Hinsicht das Unternehmen als ein einheitliches Recht oder ein einheitliches Rechtsgut ansieht; auch hat sie der Anerkennung eines allgemeinen Schutzbedürfnisses des Unternehmens nach den Vorschriften der §§ 823, I und 1004 die Wege geebnet.

Von mancher Seite [31]) wird gegen ein absolutes Recht am Unternehmen und gegen einen allgemeinen Schutz Stellung genommen. So meint Nipperdey, es fehle an einer genauen Umschreibung des im Unternehmen verkörperten Guts. Da die Bestandteile des Unternehmens wechselten und somit das Unternehmen eine veränderliche Größe bilde, könne sich ein Recht an dem Unternehmen inhaltlich mehrfach verändern, ohne daß dies nach außen erkennbar sei. Dieser Einwand Nipperdey's ist jedoch nicht durchschlagend, da auch viele andere Rechtsobjekte einer Veränderung unterworfen sind. Außerdem bildet das Unternehmen trotz des Wechsels seiner Elemente eine Einheit. Die Veränderlichkeit des Unternehmens hindert nicht, daß das Unternehmen auf lange Zeit hinaus immer noch seine Identität bewahrt. Daß der Wechsel des Bestandes einer Gesamtheit von Einzelstücken ein absolutes Recht an dem Ganzen zuläßt, zeigt das Pächt. Kred. Besch. Gesetz. Hier besteht ein Pfandrecht an dem Gesamtinventar, welches auch bestehen bleibt, wenn Einzelstücke ausscheiden oder hinzukommen.

Auch die Behauptung, daß ein ausreichender Unternehmensschutz durch die Anwendung des § 823 II BGB. und des § 1 UnlWG. von 1909 gewährleistet sei, ist nicht überzeugend; zeigen doch die Beispiele [32]) der mannigfaltigen Störungen und Beeinträchtigungen von Betrieben, welche Anlaß zu zahlreichen reichsgerichtlichen Entscheidungen gegeben haben, daß es viele Fälle gibt, welche nicht unter die Tatbestände der Schutzgesetze passen, die nur mehr oder weniger enumgrenzte Schutzvorschriften enthalten, wie z. B. des UnlWG., des WZG., des PatG. und des § 39 HGB. (Firmenschutz). Alle diese Sondergesetze gewähren dem Unternehmen keinen allgemeinen Schutz. So bezweckt das UnlWG. nur die Vereitelung von Eingriffen, die mittelbar oder unmittelbar dem Wettbewerb dienen. Sicherlich entspringen zahlreiche Unternehmensverletzungen solchen Absichten, doch erschöpft sich damit nicht die Anzahl der möglichen Störungen. Das Gleiche gilt für die anderen Sondergesetze. Auch § 826 BGB. verhindert nicht alle denkbaren Beeinträchtigungen. Häufig wird eine Betriebsschädigung zwar objektiv sittenwidrig sein, wie es § 826 verlangt; doch wird es wiederum zahlreiche Fälle geben, bei denen diese Voraussetzung nicht gegeben ist und bei denen dennoch ein schutzwürdiges Interesse des Unternehmers verletzt sein kann. Ferner fordert § 826 eine vorsätzliche Störung. Es erscheint jedoch nicht ungerechtfertigt, den Unternehmer auch vor fahrlässigen Schädigungen zu bewahren, was nach § 823, I möglich ist. Damit dürfte die Anwendbarkeit des § 823, I als zweckmäßig anzuerkennen sein. Bei unserer Auffassung von dem Unternehmen als Sache ergibt sich dieser Schutz als selbstverständliche Folgerung. Auf die Lehre, die in dem Unternehmen ein Immaterialgut erblickt, gehen wir bei unserer Stellungnahme zu weiteren Ansichten über das Unternehmen später ein.

---

31) Nipperdey, Beitr. z. Wirtsch. R., II. Bd. 1931, S. 474 f. Pisko, S. 430, auf den wir noch später eingehen.

32) s. die Aufzählung bei Planck, Komm. Bd. II 2, § 823 II, 1 f.

Wir hatten uns bisher vornehmlich mit dem Unternehmen i. e. S. beschäftigt und wenden uns nun dem Unternehmen i. w. S. zu, jener Einheit, die sich aus dem Tätigkeitsbereich, Sachen und Rechten zusammensetzt. Auch hier ist die Frage nach der rechtlichen Anerkennung als dingliches Rechtsobjekt von großer praktischer Bedeutung, weil dann gegebenenfalls eine einheitliche Übertragung des Unternehmens i. w. S. möglich ist. Daß das Unternehmen i. w. S. oder das Gesamtunternehmen, wie man es auch bezeichnen kann, einheitlicher Gegenstand von Verpflichtungsgeschäften sein kann, dürfte kaum noch bestritten sein. So hat das Reichsgericht, wie wir bereits oben erwähnten, vielfach die Vorschriften des Kaufrechts entsprechend bei der Veräußerung angewandt. Wenn das BGB., das HGB., die KO. und das VVG. von der Veräußerung von Unternehmen sprechen [33]), womit die dingliche Übertragung gemeint ist, so besteht doch kein Zweifel darüber, daß nach den Vorschriften des geltenden Rechts die Übereignung eines Unternehmens nur durch eine Anzahl von Einzelübertragungen der verschiedenen zu dem Unternehmen gehörigen Gegenstände erfolgen kann. Diese Unsumme von Einzelheiten [34]) bedeutete eine außerordentliche Belastung für den Rechtsverkehr. Diese bisherige gesetzliche Regelung berücksichtigt in keiner Weise die wirtschaftliche Einheit, welche das Gesamtunternehmen nach der Verkehrsanschauung bildet. Sie ist der Ausdruck einer romanistischen Vorstellung, welche nur Einzelsachen als Rechtsobjekte anerkennt und welche in einer Zeit großer und komplizierter Wirtschaftseinheiten einem vereinfachten Rechtsverkehr hemmend im Wege steht. Deshalb ist mit Recht eine Revision des bisherigen Rechtszustandes gefordert worden, die eine weniger umständliche, einheitliche Übertragung des Gesamtunternehmens ermöglicht. Einige Schriftsteller [35]) versuchen nun die einem Unternehmen angehörigen Sachen und Rechte zu dem Unternehmen i. e. S. in ein Verhältnis zu bringen, welches die Sachen und Rechte als seine Bestandteile oder sein Zubehör einordnet. Wenn wir in dem Tätigkeitsbereich den eigentlichen Kern des Unternehmens erblickt haben, so steht einer derartigen Gruppierung nichts entgegen. Anders verhält sich jedoch das geltende Recht hierzu; denn hiernach können Grundstücke, welche ja auch als Unternehmenszubehör in Betracht kommen, und dingliche Rechte sowie Forderungen nicht Zubehör einer Sache bilden. Der Zubehörbegriff des BGB. müßte also dementsprechend erweitert werden. Hält man das de lege feranda für möglich, so bestünde ein Weg, jene Vorschriften des BGB. analog anzuwenden, nach welchen Grundstückszubehör bis zu einem gewissen Grade dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache unterworfen wird [36]). Auf diese Weise könnte sich z. B. die Übereignung des Unternehmens i. e. S. auf die vorhandenen Sachen und Rechte analog § 926 miterstrecken. Auch würden diese von einem an dem Unternehmen i. e. S. bestehenden Nießbrauch oder Pfandrecht mitergriffen

33) siehe die auf S. 40 aufgezählten gesetzl. Bestimmungen.
34) Domke, a. a. O., S. 44.
§ 14, II, S. 102.
35) Oppikofer, Unternehmensr. (1927), S. 122 ff; J. v. Gierke, a. a. O., § 14, II, S. 102.
36) siehe die diesbezgl. §§ auf S. 31.

werden. Ob eine derartige Regelung wünschenswert ist, erscheint fraglich[37]). Eine solche würde die Feststellung notwendig machen, welche Sachen und Rechte als wesentliche oder unwesentliche Bestandteile, und welche als Zubehör zu gelten hätten. So sähe man sich vor Fragen gestellt, die im Einzelfalle schwierig zu beantworten wären. Auch würde man bei dieser Ansicht noch nicht zu einem einheitlichen Recht an dem Gesamtunternehmen gelangen.

Einen geeigneteren Ausgangspunkt, um zu einer Anerkennung des Gesamtunternehmens als Rechtsobjekt zu kommen, glauben wir in dem von O. v. Gierke[38]) behandelten Begriff der unkörperlichen Gesamtsache zu finden. Ähnlich wie bei der körperlichen Gesamtsache, welche wir bereits an anderer Stelle erwähnten, wünscht Gierke auch für das geltende Recht eine Wiederbelebung der in der unkörperlichen Gesamtsache zum Ausdruck kommenden deutschen Rechtsgedanken; er zählt eine Reihe von Sondervermögen auf, welche nach früheren Rechten als Gesamtsachen Gegenstand eines einheitlichen Rechts waren. Unter Gesamtsachen in diesem Sinne versteht Gierke eine unter einem einheitlichen Zweck zusammengefaßte Mehrheit körperlicher und unkörperlicher Sachen. Er meint, allen diesen Gesamtsachen sei ein mehr oder weniger großes Maß rechtlicher Geschlossenheit eigen. Bestimmte Rechtssätze, die für alle Arten von Sondervermögen zuträfen, könne man zwar nicht ableiten; doch bestünde an allen ein gewisses absolutes Herrschaftsrecht, daß dem Eigentum des BGB. in gewisser Weise ähnlich sei und deshalb wohl als Eigentum im untechnischen Sinne zu bezeichnen sei. Damit ein Sondervermögen eine Gesamtsache bilden könne, müsse sich dieselbe als eine gewisse objektive Einheit darstellen. Daß das Gesamtunternehmen eine derartige Selbständigkeit besitzt, betonten wir bereits, als wir die wirtschaftliche Einheit des Unternehmens hervorhoben. Eine völlige Selbständigkeit besteht jedoch nicht, dann hätten wir es nämlich mit einer juristischen Person zu tun, wie Gierke meint.

Nach seiner Auffassung können sowohl körperliche wie unkörperliche Gegenstände eine unkörperliche Gesamtsache bilden. Die erforderliche Objektivität der Gesamtsache werde verstärkt, so bemerkt er, wenn eine körperliche Sache den Kern des Sondervermögens bilde.

Wir haben zwar den Tätigkeitsbereich als unkörperlichen Vermögenswert bezeichnet, doch wollten wir ihn wie eine körperliche Sache behandelt wissen. Insofern bildet also eine solche den Hauptbestand des gewerblichen Sondervermögens. Gierke meint, daß auch aus dem heutigen Recht der Begriff der Gesamtsache nicht völlig verschwunden sei, da ganze Vermögensmassen den einheitlichen Gegenstand einer Rechtsnachfolge, einer Nutznießung und einer Vergemeinschaftung bilden könnten (BGB. §§ 1922, 1363, 1649, 1438); auch werde bei der Vermögensübernahme unter Lebenden und dem Nießbrauch am Vermögen die objektive Einheit des Ganzen wenigstens in Ansehung der zugehörigen Schulden wirksam. Bereits bei unserer Erörte-

37) ablehnend Schapira, a. a. O., S. 26.
38) Über Begriff u. rechtl. Behandlg. vgl. D. P. R. II, § 104, III, S. 56 ff.

rung [39]) über die körperliche Gesamtsache zeigten wir, daß das heutige Recht eine einheitliche Behandlung von gewissen Vermögensmassen kennt. So wiesen wir auf die Abhängigkeit des Grundstückszubehörs von dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache hin, ferner auf die Verfügungsmöglichkeit über den Anspruch des Erben auf Grund des § 2018 BGB., über den Miterbenanteil und über das Recht des Nacherben. Schließlich erwähnten wir noch die Übertragbarkeit eines Gesellschaftsvermögens durch Gesamtrechtsnachfolge bei der Fusion einer Aktiengesellschaft und der Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personalgesellschaften oder Einzelunternehmen. Wenn das geltende Recht solche Vermögensmassen für im Ganzen übertragbar erklärt, so darf man in diesen und ähnlichen Fällen ein einheitliches dringliches Rechtsobjekt erblicken. Wir sehen also, daß auch diejenigen Vermögensmassen, die nicht wie der Anspruch des Erben usw. von einem einheitlichen Recht umspannt sind, so übertragen werden können, als ob ein einheitliches Recht an ihnen bereits bestünde.

Da das Unternehmensvermögen eins jener Sondervermögen bildet, welches im täglichen Leben am häufigsten für eine Übertragung in Betracht kommt, und bei dem sich das nach dem geltenden Recht bestehende Erfordernis der Einzelübertragung aller Bestandteile besonders hinderlich auswirkt, erscheint eine Anerkennung des Gesamtunternehmens als einheitliches Sachenrechtsobjekt gleichfalls wünschenswert [40]). Bildet nun das Gesamtunternehmen als Gesamtsache eine unkörperliche Sache, so taucht die Frage auf, ob man diese den Regeln über Grundstücke oder denen über bewegliche Sachen unterwirft. In Anlehnung an ausländisches Recht haben einige der oben angeführten Schriftsteller als Form der Übereignung neben der dringlichen Einigung Eintragung in ein Register und öffentliche Bekanntgabe vorgeschlagen. Eine derartige Regelung erscheint zweckmäßig, weil durch die Eintragung und öffentliche Bekanntgabe die erforderliche Publizität der Übereignung gewahrt bleibt. Ähnlich wie bei der körperlichen Gesamtsache erstreckt sich das Recht an der Gesamtsache auch auf die zu ihr gehörigen Einzelstücke. Bei dem Unternehmen kann in gewisser Weise das Pächt.-Kred.-Besch.-Gesetz Vorbild sein, indem man die dort getroffene Regelung über das Verhältnis des Rechts an der Gesamtsache zu den Rechten eines Dritten an den Einzelstücken entsprechend bei dem Unternehmen anwendet. Da häufig seine Einzelstücke durch Veräußerung verwertet werden, somit also aus der Gesamtsache ausscheiden, erscheint es nicht unzweckmäßig, auch für das Unternehmen den Grundsatz einer dinglichen Surrogation gelten zu lassen. Hierdurch ist die Möglichkeit gegeben, daß sich das in seinen Einzelstücken veränderliche Unternehmen als beständiges Rechtsobjekt erhält und nicht stets besondere Rechtsgeschäfte abgeschlossen zu werden brauchen, um hinzukommende oder ausscheidende Einzelstücke von dem bestehenden Recht

39) Vgl. S. 34.

40) Müller-Erzbach, Handelsr. I, S. 92. Domke, a. a. O., S. 44. H. Fehr i. Handw. der Rechtsw. 1929, 6. Bd., S. 247 unter „Unternehmen". J. v. Gierke, a. a. O. § 16 I, 2. S. 117. Karl Lehmann i. Festschrift für C, S. 22.

an der Gesamtheit zu befreien, bzw. diesem zu unterstellen. Bei dieser Frage kann die entsprechende Gestaltung des Pächt.-Kred.-Besch.-Gesetzes ebenfalls einen Fingerzeig geben. Inwieweit das Gesamtunternehmen als Gesamtsache Gegenstand sonstiger Sachenrechte sein kann, bedarf natürlich einer Überprüfung der sich hieraus ergebenden Einzelfragen und etwa hierfür vorhandener Bedürfnisse. Möglich und zweckmäßig dürfte ein Nießbrauch an dieser Gesamtsache sein. Auch ein Pfandrecht erscheint nicht ausgeschlossen; allerdings käme nur ein besitzloses Pfandrecht in Frage, zu dessen Begründung ebenfalls die erforderliche Publizität durch eine Registereintragung und öffentliche Bekanntgabe zu wahren wäre. Ein solches Pfandrecht besteht bereits im französischen Recht [41]). Einer Auffassung des Unternehmens als Gesamtsache entspricht ferner die Zulässigkeit einer einheitlichen Klage, die auf die Herausgabe der Gesamtsache als solche gerichtet ist. Zweckmäßig dürfte auch eine einheitliche Zwangsvollstreckung in das Gesamtunternehmen sein [42]). Durch eine Zerreißung in seine Bestandteile entgehen bei der Einzelvollstreckung de nGläubigern erhebliche Vermögenswerte; eine einheitliche Verwertung des gepfändeten Unternehmens ist nämlich nach der Einzelvollstreckung ausgeschlossen.

Einer Anerkennung des an der Gesamtsache bestehenden absoluten Herrschaftsrechtes als Eigentum steht das BGB. entgegen; denn einerseits kann nach ihm nur eine körperliche Sache, andererseits nur e i n e Sache Gegenstand des Eigentums sein. Da das Unternehmen i. w. S. sich jedoch aus Bestandteilen zusammensetzt, welche im Einzelnen verkehrsfähige, übertragbare Vermögenswerte bilden, so steht im Grunde der Annahme eines Eigentums an der Gesamtsache de lege ferenda nichts entgegen. Einen weniger starren und engen Eigentumsbegriff kennt das österr. ABGB. (§ 353). Schon der weite Sachbegriff eines § 285 läßt eine Erstreckung des Eigentums auf unkörperliche Sachen zu. Wenn nun, wogegen nichts einzuwenden sein wird, körperliche Sachen Bestandteile einer unkörperlichen Sache sein können und umgekehrt, so ist ein Eigentum an einer Sache, welche aus Sachen beider Arten besteht, denkbar. Damit könnte nach österreichischem Recht sowohl das Unternehmen i. e. S. wie auch das Unternehmen i. w. S. Objekt des Eigentums sein. So sehen wir, wie ein allzu enger auf körperliche Gegenstände beschränkter Sachbegriff einer Anerkennung beider Unternehmensarten als dingliche Rechtsobjekte im Wege steht. Eine Ausdehnung des Sachbegriffs des BGB. dürfte daher etwa nach dem Vorbild des österr. Rechts geboten erscheinen, um auch die modernen wirtschaftlichen Einheiten, zu denen das Unternehmen gehört, rechtlich einordnen zu können, was sicherlich den heutigen Verkehrsbedürfnissen besser entspricht, als die bisherige gesetzliche Regelung.

Dieser von uns angestrebte Rechtszustand ist bereits in verschiedenen ausländischen Rechten verwirklicht worden. So kennt die österr. Exekutions-O. von 1896 eine Zwangsvollstreckung in das Handelsgeschäft. Ferner ermög-

41) siehe Seite 49 oben.
42) siehe das ausl. Recht, S. 49.

licht der weite Sachbegriff des österr. BGB. (§§ 285 u. 302) die Behandlung des Unternehmens als einheitliches Rechtsobjekt.

Das französische Recht (Gesetz vom 17. März 1909) läßt einen einheitlichen Verkauf, eine Verpfändung und eine Zwangsvollstreckung in das Handelsunternehmen (fonds de commerce) zu.

Im englischen Recht [43]) gibt es ein Eigentum am „goodwill" (= Tätigkeitsbereich) und eine Verpfändung des gesamten Unternehmens.

Im Folgenden werfen wir noch einen kurzen Blick auf das neue Schrifttum, das sich mit dem Unternehmen beschäftigt hat. Im Rahmen dieses Kapitels können die verschiedenen Ansichten nur einer kurzen Betrachtung unterworfen werden. Dabei werden wir feststellen können, daß in diesem Schrifttum das Unternehmen vielfach als einheitliches Rechtsgut angesehen wird.

So erblickt Pisco [44]) in dem Unternehmen ein einheitliches Rechtsobjekt. Nach ihm ist das Unternehmen eine „Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit"; es kann weder als Sache noch als Recht im Sinne des BGB. angesehen werden. Es bildet ein Rechtsobjekt eigener Art, weshalb die Bestimmungen des BGB. nur analog anwendbar sind. Pisco lehnt ebenfalls die Persönlichkeitstheorie ab; nach ihm kann das Unternehmen im objektiven Sinne Gegenstand eines subjektiven Rechtes sein [45]). Dingliche Rechte hält er an ihm für möglich; doch verspricht sich Pisco von der Anerkennung eines subjektiven Rechts an dem Unternehmen keinen weitergehenden Schutz, als ihn die besonderen gewerblichen Schutzgesetze gewähren [46]).

Von einer andern Gruppe von Schriftstellern[47]) wird das Unternehmen als Immaterialgut und das Recht an dem Unternehmen als Immaterialgüterrecht angesehen. Das Immaterialgut und die unkörperliche Sache stimmen darin überein, daß sie beide nicht körperlich sind; doch haben wir bei dem Tätigkeitsbereich des Unternehmens gesehen, daß auch über ihn eine tatsächliche Herrschaft ausgeübt werden kann und daß der Tätigkeitsbereich übertragbar ist. Eine tatsächliche Herrschaft über ein immaterielles Gut ist aber nicht denkbar. Die unkörperliche Sache kann in vieler Hinsicht analog wie eine körperliche Sache behandelt werden, was bei dem Immaterialgut nicht möglich ist. Auch der Umstand, daß bei dem Unternehmen dem Tätigkeitsbereich meist Sachen und Rechte angegliedert sind, macht die Bezeichnung des Unternehmens als Immaterialgut ungeeignet; da sich der Begriff des Immaterialgüterrechts auf ganz bestimmte geistige Schöpfungen bezieht, erscheint es auch aus diesem Grunde zweckmäßiger, den allgemeineren Begriff der unkörperlichen Sache zu verwenden. Praktisch zielen aber auch diese Ansichten auf die Anerkennung des Unternehmens als rechtliche Einheit ab.

---

43) Vgl. hierzu Oppikofer, a. a. O., S. 17 f.; zum ausl. Recht vgl. Schapira, a. a. O. und J. v. Gierke, § 14, V, S. 109/10.

44) in Ehrenbergs Handb. S. 195 ff.

45) a. a. O.

46) Pisco, a. a. O., S. 220.

47) siehe die Angaben bei J. v. Gierke, a. a. O., § 14, IV, 3 u. 4, S. 107.

Tatsächlich bestehen gewisse verwandtschaftliche Ähnlichkeiten zwischen den beiden genannten Auffassungen, denn sowohl das Eigentum an der unkörperlichen Sache des Unternehmens wie auch das Immaterialgüterrecht sind subjektive Rechte, welche übertragen, vererbt und dinglich belastet werden können. Diese Verwandtschaft kommt auch darin zum Ausdruck, daß man in letzteren eine Art von geistigem Eigentum erblickte. Insofern besteht also eine Ähnlichkeit zwischen unserer und der genannten anderen Auffassung.

Schapira [48]) sieht in dem Unternehmen eine Zusammenfassung von Sachen, Rechten und immateriellen Werten; an der Gesamtheit dieser Vermögenswerte erkennt er ein einheitliches Recht an. Auf dem Standpunkt des BGB. verharrend, wonach es nur körperliche Sachen gibt, faßt er das Unternehmen nicht als Sache auf; auch die Bezeichnung als Immaterialgut hält er für unrichtig, da sich das Recht am Unternehmen auf körperliche und unkörperliche Werte erstrecke; dann könne man nicht mehr von einem Immaterialgut reden. Am geeignetsten erscheint ihm die Einbeziehung des Unternehmens unter einen erweiterten Sachbegriff, wie ihn das österr. Recht kennt. Dann könnte man auch von einem Eigentum am Unternehmen sprechen. So treffen sich Schapiras und unsere Ansicht im Endergebnis, das eine Erweiterung des Sachbegriffs anstrebt. Entgegen der Gierkeschen Auffassung findet Schapira [49]) bei dem Unternehmen keinen „Kern", um den sich Elemente des Unternehmens als Bestandteile oder als Zubehör gruppieren könnten. Übereinstimmend mit unserer Auffassung hält er die immateriellen Werte des Unternehmens für übertragbar und fordert eine einheitliche Verfügungsmöglichkeit hierüber [50]). Ferner hat sich Oppikofer mit dem Unternehmungsproblem beschäftigt. Er definiert das Unternehmen, soweit es für eine brauchbare juristische Auffassueng in Betracht käme, als eine „übertragbare Organisation von Arbeitskräften und Wirtschaftsgütern" [51]). Er stellt fest, daß sich die durch die Organisationstätigkeit des Unternehmers geschaffenen Werte teils auf die Gesamtheit der Gütermasse eines Unternehmens, teils auf einzelne Unternehmensgegenstände erstrecken. Er betrachtet die zu dem Unternehmen gehörigen Sachen und Rechte als Zubehör des Organisationskomplexes, wobei er sich auf die Behandlung des Zubehörs im mittelalterlichen Unternehmensrecht stützen zu können glaubt [52]). Seine Auffassung, besonders seine historischen Auswertungen haben erhebliche Kritik [53]) erfahren. Durch die Pertinenzierung von Rechten und Rechtsverhältnissen zum Unternehmen bezweckt Oppikofer, ähnlich wie J. v. Gierke, eine einheitliche Verfügbarkeit über das gesamte Unternehmen. Die im geltenden Recht noch herrschende romanistische Begriffsbildung, so erklärt er, bereite einer derartigen Entwicklung Schwierigkeiten, welche nur durch eine

48) „Das Untern. und seine Kennzeichen", S. 42.
49) a. a. O., S. 22.
50) a. a. O., S. 73.
51) Unternehmensrecht, 1927, S. 9.
52) Oppikofer, a. a. O., S. 113.
53) Gierke, a. a. O., § 14, IV 5, S. 108. Meyer, (Herbert) ZRG., Bd. 48, S. 540 ff. Eckhardt, ZRG. 1929, S. 171 ff.

neue freiere Gesetzgebung behoben werden könnten. Auch er[54]) bezeichnet, wie eine Reihe anderer Schriftsteller, das Recht am Unternehmen als ein Immaterialgüterrecht, und zwar als ein solches „sui generis". Doch gibt er selber zu, daß diese begriffliche Einordnung nicht befriedigend sei. Im folgenden begrüßt Oppikofer die bereits von der Rechtssprechung angebahnte Ausdehnung des Sachbegriffs auf das Unternehmen; in der Entwicklung dieser Ansätze erblickt er die Möglichkeit zu einer zweckmäßigeren Ausgestaltung des Unternehmensrechts. Vorbild hierfür könne in vielen Punkten die diesbezügliche Regelung im ausländischen Recht sein.

In allen soeben geschilderten Ansichten über das Unternehmen zeigt sich ein unverkennbares Bestreben, den engen Rahmen des bisherigen Rechtszustandes zu sprengen, um für das Unternehmen eine neue und angemessenere Rechtsform zu finden. Wenn hierbei Auffassungen zu Tage traten, denen wir nicht zustimmen konnten, so mag einer der Hauptgründe hierfür darin zu erblicken sein, daß die betreffenden Schriftsteller, sich an dem engen Sachbegriff des BGB. stoßend, Analogien zu anderen weniger geeigneten Rechtsbegriffen suchten, was jedoch nach ihrer eigenen Ansicht zu nicht völlig befriedigenden Ergebnissen führte. Die verschiedentlichen Hinweise auf die Verwendbarkeit eines erweiterten Sachbegrffs auf das Unternehmen, die wir bei einigen Schriftstellern fanden, haben uns in unserer Auffassung bestärkt.

Wir konnten im Rahmen dieser Arbeit natürlich nur die Grundfragen des Unternehmensproblems berühren. Wenn wir das Unternehmen i. e. S. analog einer körperlichen Sache behandelt wissen wollten, so meinen wir damit noch nicht, daß nunmehr alle Regeln über bewegliche Sachen schematisch entsprechend anzuwenden seien. Soll das Unternehmen i. e. S. Gegenstand irgend eines dinglichen Rechts sein, so ist im Einzelfall zu prüfen, ob es hierfür geeignet erscheint, und ob ein wirkliches Bedürfnis hierfür vorhanden ist. Desgleichen muß im Einzelfall bei der unkörperlichen Gesamtsache des Unternehmens i. w. S. festgestellt werden, ob Fahrnis- oder Liegenschaftsrecht am zweckmäßigsten in Betracht kommt. Bei unseren Ausführungen konnten diese besonderen Fragen kaum berücksichtigt werden. Wir mußten uns auf die Untersuchung beschränken, ob die allgemeinen Voraussetzungen für eine sachähnliche Behandlung beider Gruppen von Unternehmen vorliegen. Unsere Darlegung, die Ansichten verschiedener, von ähnlichen Gedanken geleiteter Schriftsteller und gewisse Vorbilder des ausländischen Unternehmensrechts dürften gezeigt haben, daß ein weiter gefaßter Sachbegriff als der des § 90 BGB. geeignet erscheint, eine Grundlage für eine bessere Erfassung neuzeitlicher wirtschaftlicher Gebilde, wie des Unternehmens, zu bieten. Sollte eine künftige Gesetzesänderung hiervon ausgehen, so könnte in der Verwendung des Begriffs der unkörperlichen Sache und der Gesamtsache die Wiederbelebung alter deutscher Rechtsgedanken erfolgen, welche im geltenden Recht zugunsten eines romanistischen, individualistischen und sich auf das Stoffliche beschränkenden Sachbegriffs zurücktreten mußten.

---

54) a. a. O., S. 136.

Schrifttum

v. Alvensleben: Die Rechtsverhältnisse am toten menschlichen Körper. Diss. Greifswald 1909.
Biermann: Bürgerliches Recht, I. Bd. 1908.
Binder: „Der Gegenstand" in Ztschr. f. d. ges. Handelsr., begründet von L. Goldschmidt. 1907.
Binder: „Die Rechtsstellung des Erben", Leipzig 1931.
Binder: „Vermögensrecht und Gegenstand" in Arch. Bürg. R. 1910, Bd. 34.
Brennwald: Luft und Recht. Zürich 1910.
Bunsen: „Der Schutz des Eigentums im BGB." in Beitr. z. Ausleg. d. BGB., 6. Heft, 1905.
Cosack: Lehrb. des Bürgerl. Rechts, I. Bd. 8. Aufl., 1927; II. Bd. 4. Aufl., 1904.
Crome: System des Bürgerl. Rechts. I. Bd. 1900.
Dernburg: „Diebstahl an Elektrizität", in DJZ. 1896.
Domke: „Die Veräußerung v. Handelsgesch." 1922.
Eckhardt: „Studien zu handelsr. Neuerscheinungen" in Zentralbl. f. Handelsr., 4. Jahrg. 1929, Nr. 6.
Endemann: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts. 8. Aufl., I. Bd. 1903, II. Bd. 1900.
Enneccerus; Lehrb. d. Bürgerl. Rechts. 8. Aufl., I. Bd., 13. Bearb. 1931.
Fehr, H.: In Handwörterb. der Rechtsw. 1929, VI. Bd. unter „Unternehmen", S. 247 f.
Friedrichs: „Verkehrsunfähige Sachen im heutigen Recht" in Gruch. Beitr., 64. Jahrg., 1920, Heft 6.
Fachinger: Die Änderungen d. bürgerl. Rechts durch das Luftverkehrsgesetz. Diss. Marburg 1926.
Fuchs, Eugen: „Probleme des Sachenrechts" in Gruch. Beitr. 46, 1902. S. 549 ff.
Gareis: „Das Recht am menschl. Körper" in Festgabe für Schirmer 1900.
Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen. III. Bd., 1830.
Gierke, Julius: Handelsrecht 1938, I. Teil, 5. Auflg.
Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. I. u. II. Bd., 1905.
Heilborn: „Was bedeutet „Sache" im § 119, II BGB?" in Gruch. Beitr. 46, 1902, S. 791.
Hedemann: Zivilistische Rundschau 1906/07, in Arch. Bürg. R., Bd. 31.
Hegemann: Der Leichnam im Rechtssystem. Diss. Erlangen 1912.
Hölder: Kommentar z. BGB., Allg. Teil, I. Bd., 1900.
Ihrings Jahrbücher, B. 6, Bd. 38.
Joêl: Die Rechtsverh. am toten menschl. Körper. Diss. Göttingen 1930.
Klingmüller: „Der Gegenstand" in Grünh. Ztschr., Bd. 34.
Kloeß: Die allgemeinen Sachen Luft u. Wasser nach geltendem Recht. Halle 1907.
Kloeß: „Die Energien in und außerhalb des Verkehrs u. das Eigenrecht an ihnen" in Arch. Ziv. Prax., 103. Bd., 1908.
Kohler: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts. I. Bd., 1906.
Kohler: Luftfahrtsrecht in Luftschiffahrt und Wissenschaft. Heft 1, 1912.
Kohlrausch: „Das Gesetz betr. die Bestraf. d. Entziehung elektr. Arbeit u. seine Vorgeschichte" in Ztschr. f. ges. Strafrechtsw., Bd. 20, 1900.
Lawall: Ein Beitrag z. Begriff des körperl. Gegenstandes. Diss. Marburg 1924.
Lehmann: Allg. Teil d. BGB., 3. Auflg., I. Bd. u. Lehrb. d. Handelsrechts, 1908.
Lehmann-Hoeniger: Lehrb. d. Handelsrechts. I. Bd., 3. Aufl., 1921.

Lehmann, Karl: In Festschrift für Cohn, 1915.
List: „Elektrische Strömungs- und elektrische Schwingungs-Energie als Rechtsbegriff" in „Technik u. Recht", Bd. I, Hannover 1931.
Matthiaß: Lehrb. des Bürgerl. Rechts, Bd. I, Berlin 1900.
Meurer: Luftschiffahrtsrecht. 1909.
Merkel: „Die rechtliche Natur des menschl. Leichnams" in Sächs. Arch. f. deutsch. bürgerl. Recht. Bd. 14.
Meyer, Herbert: In Ztschr. der Savigny-Stiftg. für Rechtsgesch., Bd. 48, 1928, S. 540 ff.
Müller-Erzbach: Handelsrecht, 1928, 2. u. 3. Auflg.
Niessen: Die privatrechtl. Stellung d. Elektr. u. der Elektrizitätslieferungsvertrag. Berlin 1925.
Nipperdey: In Beiträge z. Wirtschaftsr., II. Bd., 1931.
Oertmann: Kommentar z. BGB., I. Bd., 3. Auflg., 1927, Sachenrecht 1914.
Oertmann: „Zum Rechtsproblem der Sachgesamtheit" in Arch. Ziv. Prax. 136, 1932, S. 88.
Oppikofer: Unternehmensrecht. 1927.
Ostwald: „Die Frage des Diebstahls an Elektriz. vom techn. Standpunkt" in DJZ. 1897.
Passow: „Betrieb, Unternehmung, Konzern", 1925.
Pisko: In Ehrenbergs Handb., II. Bd., 1. Teil, 1914, S. 195 ff.
Pfleghardt: „Die Sachqualität der elektr. Energie" in Arch. Bürg. R., Bd. 24, 1904.
Planck: Komm. z. BGB., I. Bd., 4. Auflg., 1913, II. Bd., 4. Auflg., 1928, III. Bd., 1933.
Plenske: Das Elektrizitätsrecht. Diss. Heidelberg 1907.
Rausnitz: Das Recht am menschl. Leichnam u. das Recht d. Anatomien, in „Das Recht", 1909.
Regelsberger: Pand., I. Bd., 1893.
RGR.-Kommentar: I. u. II. Bd., 1939, 9. Auflg.
Rehbein: Das bürgerl. Gesetzb., I. Bd., 1899.
Schapira: „Das Unternehmen u. seine Kennzeichen". Diss. Zürich 1935.
Schneider: „Der histor. u. der grundbuchmäßige Begr. des Grundst." in Seuff., Bl. 1911.
Schreuer: „Der menschl. Körper u. die Persönlichkeitsrechte" in Bonn. Festg. f. Bergbohm, 1919.
Sohm: „Der Gegenstand, ein Grundbegriff des Bürgerl. Gesetzb.", 1905.
Sokolowski: Philosophie i. Privatr., 1902.
Staudinger: Komm. z. BGB., I. Bd., 10. Auflg., 1936. Sachenrecht, 1935.
Staudinger-Boehmer: Komm. z. BGB., V. Bd., Lieferung 1, 10. Auflg., 1937.
Turnau-Foerster: Das Liegenschaftsrecht. 3. Auflg., 1906.
Warneyer: Komm. z. BGB., I. Bd., 1930, 2. Auflg.
Weck: Deutsches Luftrecht. Berlin 1913.
Wilutzki: „Die Verf. d. BGB." in Arch. Bürg. R., Bd. 28.
Windscheid: Lehrb. d. Pandektenrechts, 9. Auflg., 1906.
Wolff: Sachenrecht 1932.
Wolff: In Festgabe für O. v. Gierke, II. Bd., 1910.
Zitelmann: „Luftschiffahrtsrecht" in Niemeyers Ztschr., Bd. 29, S. 458 ff.

Lebenslauf

Ich wurde am 23. 12. 05 in Münster-Maifeld (Reg.-Bez. Koblenz) geboren. Nach Besuch der Volksschule von 1912—1916 war ich Schüler des Realgymnasiums meiner seinerzeitigen Heimatstadt Odenkirchen (Rhld.). Im Herbst 1923 verließ ich diese Anstalt, um einen praktischen Beruf zu ergreifen. So trat ich als Volontär in einen chemischen Gewerbebetrieb in Rheydt (Rhld.) ein. Am 6. Mai 1924 erlitt ich durch einen Betriebsunfall eine so erhebliche Augenverletzung, daß der eingeschlagene Beruf nicht mehr ausgeübt werden konnte. Nach langer fruchtloser Heilbehandlung suchte ich 1926 die Blindenstudienanstalt in Marburg auf, um mich dort auf die Reifeprüfung, welche ich im Herbst 1928 ablegte, vorzubereiten. Anschließend studierte ich an der Marburger Philipps-Universität Rechts- und Staatswissenschaften. Zeitweise unterbrach ich mein Studium, um mich erneut in augenärztliche Behandlung zu begeben. Auch die wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Behandlung veranlaßten mich zeitweise zu einer Studienpause. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 16. 9. 1939 vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg ab.